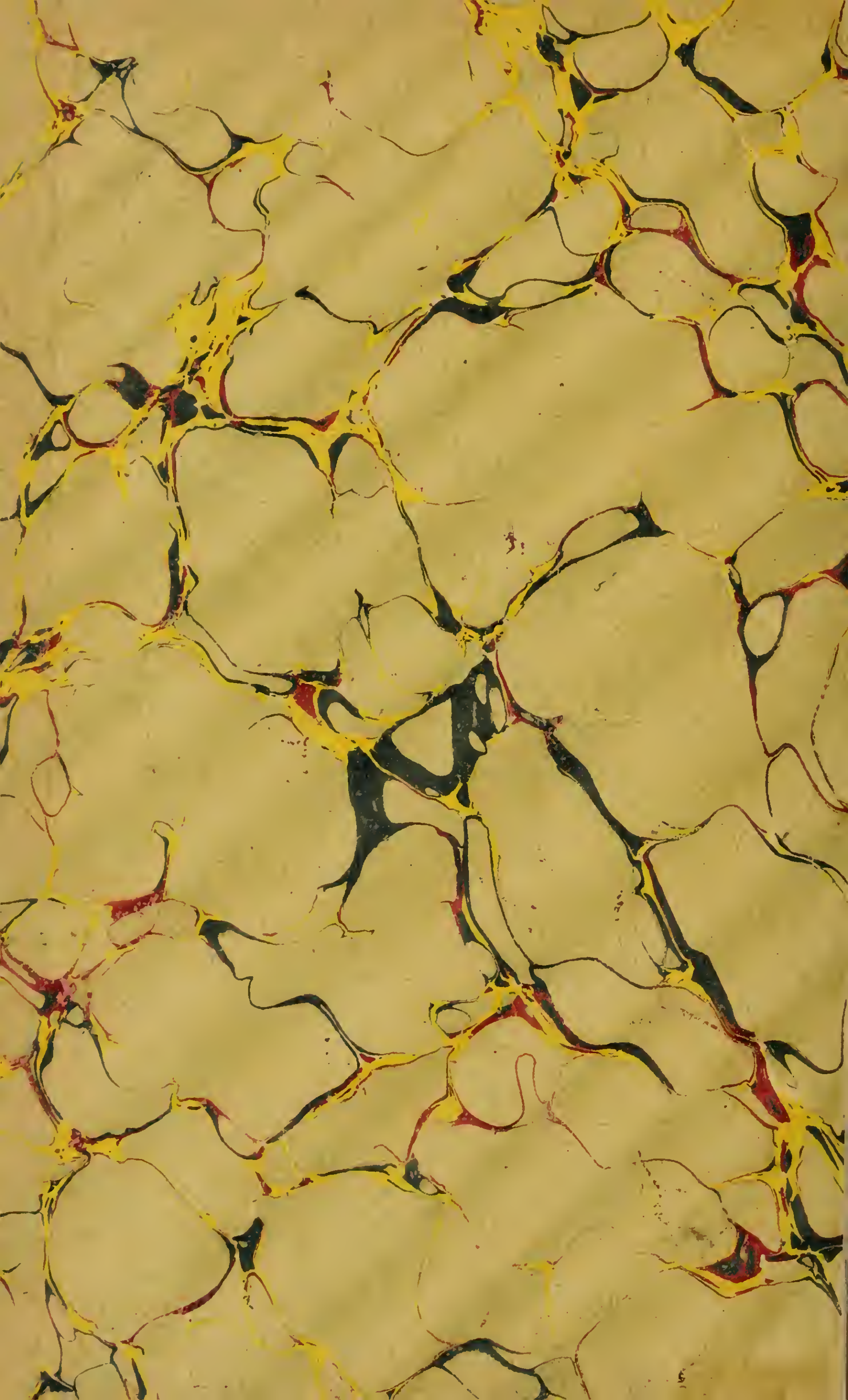
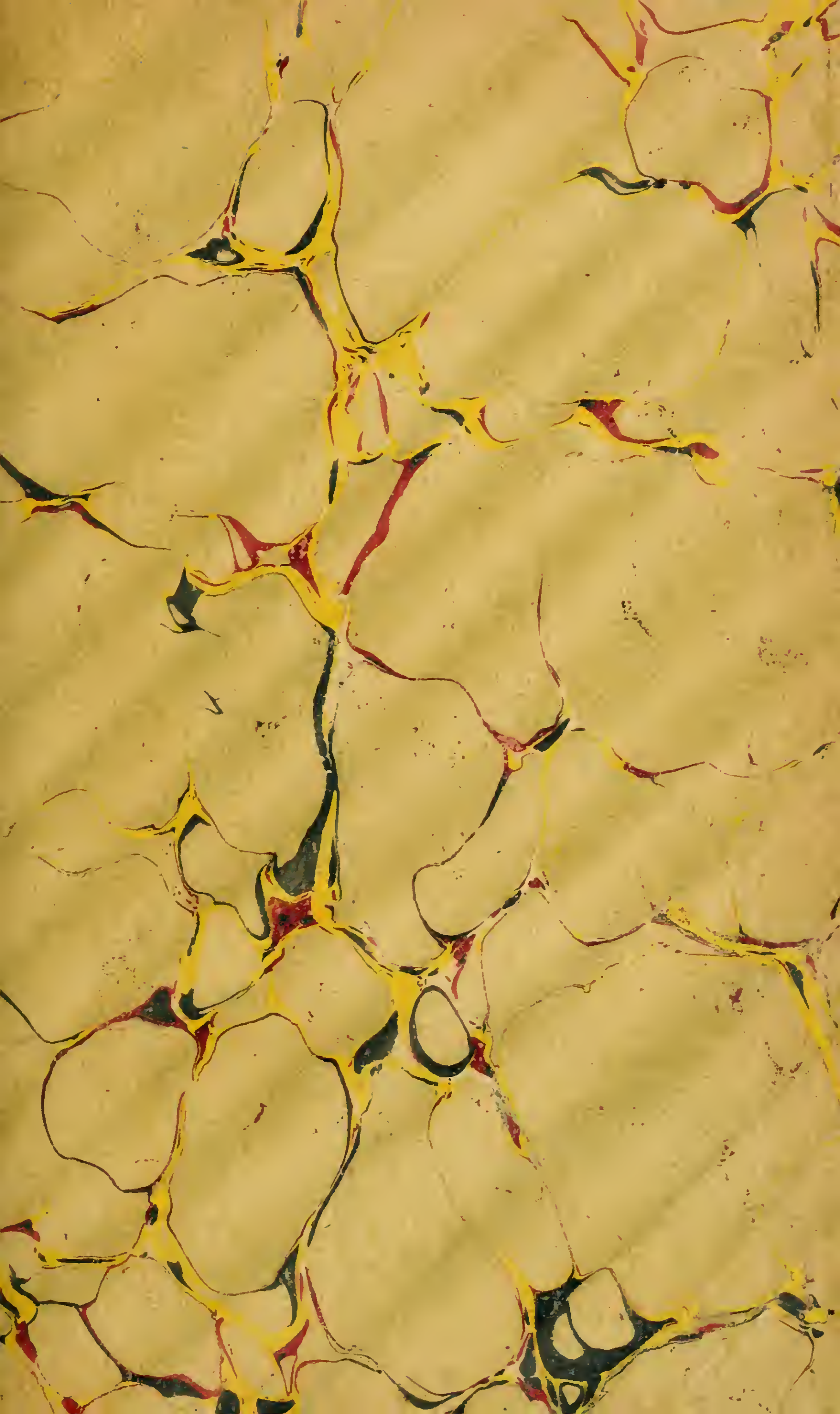






COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

VII

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

D'APRÈS LA MÉTHODE DE ZACHARIÆ

PAR

MM. AUBRY ET RAU

CONSEILLERS A LA COUR DE CASSATION

CINQUIÈME ÉDITION

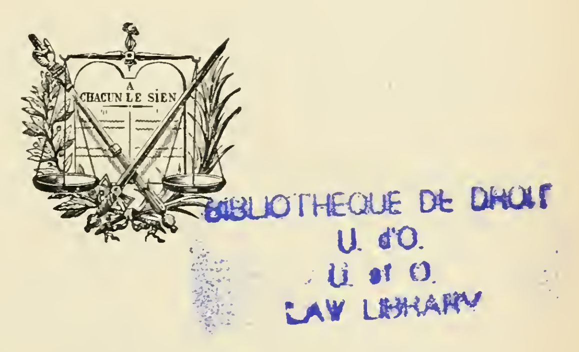
TOME SEPTIÈME

revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence

PAR

M. Étienne BARTIN

Professeur de droit civil à la Faculté de Paris.



PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE

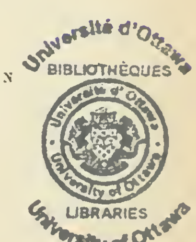
MARCHAL ET BILLARD

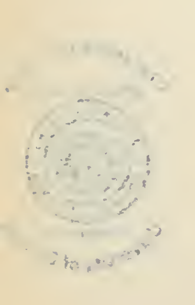
MARCHAL ET GODDE, Successeurs

ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION

27, Place Dauphine, Paris (1er)

1913





PRÉFACE

Les cinq premiers volumes de la cinquième édition du *Cours de droit civil français* de MM. Aubry et Rau ont paru de 1897 à 1907 par les soins de MM. Rau et Falcimaigne, conseillers à la Cour de Cassation, avec la collaboration de M. Gault, avocat à la Cour de Cassation. J'ai accepté, à la fin de l'année 1911, de leur succéder dans cette lourde tâche, et je demande la permission de dire ici, une fois pour toutes, comment j'en ai compris l'exécution.

Dans le présent volume comme dans ceux qui le suivront, je reproduis et reproduirai littéralement, pour toutes les parties de l'ouvrage que les changements de législation ne m'auront pas imposé l'obligation de modifier, le texte même de la quatrième édition donnée par MM. Aubry et Rau. — Sur les points sur lesquels il sera nécessaire, dans ce volume comme dans les volumes suivants, de modifier le texte ou les notes de la quatrième édition à raison des lois nouvelles, ou d'y ajouter quoi que ce soit à raison de la jurisprudence nouvelle, la modification ou l'addition, si faible qu'elle soit, se réduisît-elle à changer le temps d'un verbe, sera mise entre crochets [ ] de forme d'ailleurs diffé-

rente pour le texte et pour les notes, de telle sorte qu'à la simple lecture des volumes à paraître de cette cinquième édition, la distinction apparaisse matériellement, entre ce qui est de MM. Aubry et Rau et ce qui est de moi.

Sous réserve de l'emploi méthodique de cet artifice typographique, j'ai cru pouvoir me permettre, dans les additions que j'ai faites, de parler au pluriel, comme MM. Aubry et Rau l'ont naturellement fait eux-mêmes. Il m'a semblé que l'unité de composition du livre était ainsi mieux respectée, sans qu'aucune confusion de provenance fût d'ailleurs possible entre leur texte et le mien.

Mais je ne me suis permis cela que sur les points sur lesquels tout me porte à penser que les solutions que je donne et les raisons que j'en donne, s'accordent avec les doctrines expressément défendues par MM. Aubry et Rau.

Comme il n'aurait pu entrer dans ma pensée, — ni de procéder à une revision qui ne constituerait qu'une entreprise de librairie, et dont j'aurais été tenu d'exclure à ce titre l'expression de mes opinions personnelles, en tant qu'elles auraient été contraires à celles de MM. Aubry et Rau, — ni de paraître prêter à MM. Aubry et Rau, malgré l'emploi systématique de l'artifice typographique dont je parle plus haut, des opinions qui n'étaient pas ou qui n'auraient pas été les leurs, — j'ai pris soin, sur les points, d'ailleurs assez rares, sur lesquels il m'a semblé que j'étais ou que j'aurais été en désaccord avec eux, de parler au singulier, en faisant suivre ces développements spéciaux de mes initiales E. B.

J'espère ainsi avoir évité toute possibilité de confusion de texte ou de doctrines, tant par le procédé ordinaire de distinction typographique qui a pour objet de séparer le texte de MM. Aubry et Rau du mien, que par le procédé plus spécial de l'addition de mes initiales, qui

a pour objet d'opposer, le cas échéant, mes doctrines aux leurs.

S'il m'a paru essentiel d'éviter les confusions dont je viens de parler, il ne me semble pas moins nécessaire de permettre au lecteur de cette cinquième édition de se reporter aisément et sans risque d'erreur aux passages correspondants de la quatrième.

Voici, à cet égard, les règles que j'ai suivies, tant en ce qui concerne l'ordre des §§ entre eux, qu'en ce qui concerne l'ordre des notes à l'intérieur de chaque §.

1° Le numérotage des §§, tel qu'il est donné dans la quatrième édition, a été scrupuleusement conservé dans la cinquième, en ce double sens : 1° que lorsqu'il a été nécessaire d'ajouter des §§ nouveaux, ces §§ portent tous le numéro de celui de la quatrième édition qui précède immédiatement le premier d'entre eux, et ils sont ensuite numérotés entre eux par les mentions additionnelles, *bis*, *ter*, *quater*, etc. ; 2° que lorsqu'il a été nécessaire, pour conserver le plus possible du texte de la quatrième édition dans la cinquième, de transférer certaines parties d'un § de la quatrième édition dans un § différent de la cinquième, l'indication du numéro du § de la quatrième édition auquel les passages ainsi transférés à un autre, dans la cinquième, appartiennent, a été donnée entre parenthèses, à côté du numéro du § nouveau. Il est à peine besoin d'ajouter, après ce qui a été dit au début de cette préface, que j'aurais préféré n'avoir jamais à recourir à ce procédé de contre-indication, qui suppose, dans les passages où j'ai dû l'employer, un remaniement des §§ de la quatrième édition. Mais il était impossible de faire autrement pour la matière du divorce et de la séparation de corps, et c'est dans cette matière seulement que j'en ai usé de la sorte.

3° En ce qui concerne les notes et leur ordre à l'intérieur de chaque §, le système est le même. Le numé-

rotage de ces notes, tel qu'il est donné dans la quatrième édition, a été scrupuleusement conservé dans la cinquième, en ce triple sens : 1° que lorsqu'il a été nécessaire, au cours d'un § de la quatrième édition maintenu naturellement à sa place et avec son numéro dans la cinquième, de supprimer certaines de ces notes, devenues inutiles, les numéros de ces notes sont restés sans emploi et les numéros des autres n'ont pas changé ; 2° que lorsqu'il a été nécessaire, dans les mêmes conditions, d'ajouter des notes nouvelles, au cours du texte de MM. Aubry et Rau, ou des additions que j'y ai faites, ces notes portent toutes le numéro de la note de la quatrième édition qui précède immédiatement la première d'entre elles, et elles sont ensuite numérotées entre elles par les mentions *bis*, *ter*, *quater*, etc., etc. ; 3° que lorsqu'il a été nécessaire de transférer une note d'un § de la quatrième édition à un § différent de la cinquième, cette note porte, à la place nouvelle qu'elle occupe, outre le numéro qui lui revient dans la série de celles que le nouveau § supporte, la référence exacte, entre parenthèses, de la place qu'elle occupait dans la quatrième édition. Bien entendu, je ne me suis permis, pour les notes, de transposition de ce genre que dans les mêmes cas et pour les mêmes raisons d'absolue nécessité qui m'ont obligé à faire de même pour certains passages du texte même des §§, comme il a été dit plus haut.

J'ai complètement renoncé à ajouter à chacun des volumes à paraître de cette cinquième édition des appendices, destinés à recueillir les modifications législatives ou les nouveautés jurisprudentielles survenues pendant l'impression du volume. Chacun des volumes portera l'indication de la date précise à laquelle j'ai dû m'arrêter pour la mise à jour des matières qui y sont comprises. — Pour le présent volume, cette date est celle du 1er février 1913. On ne trouvera donc, ici, en

principe, aucun texte, aucun arrêt postérieur à cette date.

J'ai pu cependant, au cours de l'impression, tenir compte, mais seulement aux pages 118 et 119, de la loi du 10 mars 1913.

Le procédé un peu sommaire d'élimination que je viens de dire que j'emploierai serait évidemment inadmissible, si le délai d'impression de chacun des volumes était excessif. J'ai tout lieu de croire qu'il ne le sera pas.

E. BARTIN,

Professeur à la Faculté de droit de Paris.

DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS

SECONDE PARTIE. — LIVRE PREMIER

TROISIÈME DIVISION

DES DROITS DE PUISSANCE ET DE FAMILLE (JUS POTESTATIS ET FAMILIÆ)

TITRE PREMIER

Du mariage et de la puissance maritale

CHAPITRE PREMIER

DU MARIAGE CONSIDÉRÉ SOUS LE RAPPORT DU LIEN PERSONNEL QU'IL CRÉE ENTRE LES ÉPOUX.

Sources. — Édit contre les mariages clandestins, de février 1556. Concile de Trente, session vingt-quatrième, *De sacramento matrimonii* (11 novembre 1563). Ordonnance de Blois, de mai 1579, art. 40 à 44 et 181. Déclaration sur les formalités des mariages, du 26 novembre 1639. Édit portant règlement pour les formalités de mariage, de mars 1697. Loi des 20-25 septembre 1792, sur le divorce. Loi des 20-25 septembre 1792, sur le mode de constater l'état civil des citoyens. *Code Napoléon*, art. 63 à 76, art. 144 à 311. — Bibliographie. — *Traité du contrat de mariage et de la puissance maritale*, par Pothier. *Code matrimonial*, par Le Ridant, nouv. édition, revue par Camus; Paris, 1770, 2 vol. in-4. *Du mariage dans ses rapports avec la religion et les lois nouvelles de France*, par Agier; Paris, an ix, 2 vol. in-8. *Commentaire sur la loi du 26 ventôse an xi, concernant le mariage*, par Bernardi; Paris, an xii, in-8. *Lois du mariage et du divorce depuis leur origine dans le Droit romain*, par Nougarède, 2e édit.; Paris, 1816, in-8. *Jurisprudence du mariage*, par le même; Paris, in-8. *Principes sur la distinction du contrat et du sacrement de mariage, sur le pouvoir d'opposer des empêchements dirimants, et sur le droit d'opposer des dispenses matrimoniales*, par Tabaraud; Paris, 1835, in-8. *Traité du mariage, de la puissance*

maritale, et de la puissance paternelle, par Vazeille; Paris, 1826, 2 vol. in-8. *Traité des empêchements de mariage*, par Pezani, Paris, 1838, in-8. *Traité des puissances maritale, paternelle et tutélaire*, par Chardon; Paris, 3 vol. in-8. *Traité de l'état des familles légitimes et naturelles, et des successions irrégulières*, par Richefort; Paris, 1843, 3 vol. in-8. *Traité du mariage et de ses effets*, par Allemand; Paris, 1847, 2 vol. in-8. *Du consentement des époux au mariage*, par Glasson; Paris, 1866, 1 vol. in-8. [Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*. Paris, 1867. 2e édit., 1885, in-8. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891. 2 vol. in-8. Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*, Paris. 1890-1897, 5 vol. in-8.]

I. — NOTIONS HISTORIQUES.

§ 449.

En France, comme dans la plupart des États d'origine germanique, les doctrines du catholicisme sur le mariage avaient été reconnues et consacrées par la puissance publique; et la législation de l'Église y était devenue celle de l'État. Toutefois, il avait été rendu par les rois de France différentes ordonnances, qui subordonnaient la validité du mariage à l'accomplissement de certaines conditions exigées par la loi civile[1], ou qui du moins privaient des effets civils les mariages contractés au mépris des dispositions de cette loi[2]. D'un autre côté, la juridiction des juges séculiers touchant les matières matrimoniales n'était pas en France aussi restreinte que dans les autres États dont nous venons de parler[3].

La révolution de 1789 vint changer cet ordre de choses. Pour assurer l'indépendance de l'État vis-à-vis de l'Église, on établit une séparation complète entre la loi civile et la loi religieuse. La constitution des 3-14 septembre 1791

[1] Ainsi, par exemple, la validité du mariage des mineurs était subordonnée au consentement des pères et mères. Pothier, *Du contrat de mariage*, nos 321 à 336. Cpr. aussi nos 361 à 363.

[2] Les mariages secrets, les mariages *in extremis*, et les mariages contractés par un mort civilement, quoique valablement contractés quant au lien, étaient privés des effets civils. Pothier, *op. cit.*, nos 426 à 436.

[3] Cpr. Pothier, *op. cit.*, nos 452 à 455.

(tit. II, art. 7) proclama en principe que la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil.

La loi des 20-25 septembre 1792, qui développa ce principe, porta les atteintes les plus graves à la dignité et à la sainteté du mariage, en admettant le divorce par consentement mutuel, et en reconnaissant à chacun des époux la faculté de demander, pour cause d'incompatibilité d'humeur, la dissolution du mariage qui fut ainsi assimilé à un contrat ordinaire de société[4].

Tel était l'état de la législation lors de la discussion du Code Napoléon. Il était peu de matières aussi délicates à traiter que celle du mariage, surtout à raison des écarts dans lesquels était tombé le Droit intermédiaire. Toutefois, on fut bientôt d'accord sur les bases du travail.

On résolut de rester fidèle au principe posé par la constitution de 1791. Aussi, les dispositions du Code Napoléon sur le mariage font-elles entièrement abstraction des croyances religieuses. Il est sans doute permis aux époux de faire bénir leur union suivant les rites de leur religion[5]; mais la validité civile du mariage dépend uniquement de l'observation des règles prescrites par les lois de l'État, et les tribunaux séculiers sont seuls compétents pour statuer sur cette validité. La seule concession que l'on fit aux croyances catholiques fut d'admettre la séparation de corps concurremment avec le divorce, que l'Église catholique repousse.

Cependant, tout en se rattachant au principe consacré

[4] Cpr. LL. des 8 nivôse an II. 4 floréal an II, 24 vendémiaire an III, 15 thermidor an III, et premier jour complémentaire de l'an V. Cette dernière loi apporta une première amélioration au système établi par les lois précédentes.

[5] La bénédiction nuptiale ne peut être donnée qu'après la célébration du mariage civil. L. du 18 germinal an X, art. 54. Code pénal, art. 199 et 200. Cpr., décret du 9 décembre 1810 ; décision ministérielle du 7 juin 1832, Sir., 32, 2, 437 ; Crim. rej., 29 décembre 1842, Sir., 43, 1, 73. — [Sous ce régime,] les prêtres ne peuvent être contraints de bénir un mariage qui, bien que permis par la loi civile, ne le serait pas, d'après leur manière de voir, par la loi religieuse, sauf le recours au Conseil d'État dans le cas où le refus de bénédiction nuptiale constituerait un des cas d'appel comme d'abus, prévus par l'art. 6 de la loi du 18 germinal an X.

par la constitution de 1791, on comprit la nécessité de restituer au mariage le caractère moral dont le Droit intermédiaire l'avait dépouillé. Ce fut dans cette vue que l'on reproduisit un grand nombre des dispositions de l'ancien Droit, sur les formalités de la célébration du mariage, sur les empêchements du mariage, et sur la puissance maritale.

Quant au divorce, on crut devoir, en le maintenant, rejeter les demandes en divorce fondées sur l'incompatibilité d'humeur. Mais quelle que soit l'opinion que l'on se forme sur la question de savoir si, dans l'état de nos mœurs et dans l'intérêt de la société, il convenait ou non d'admettre le divorce, on est forcé de reconnaître que les rédacteurs du Code n'avaient pas resserré dans des limites assez étroites le droit de le demander, et que c'est à tort surtout qu'ils avaient admis le divorce par consentement mutuel.

Tant que dura le premier Empire, les dispositions du Code Napoléon sur le mariage ne reçurent aucune modification essentielle.

Sous la Restauration, le désir de faire cesser le désaccord existant entre les lois civiles et les lois religieuses de l'Église catholique fit rendre la loi du 8 mai 1816, qui prononça l'abolition du divorce[6]. Deux autres projets de loi, ayant pour objet de régler les effets de l'abolition du divorce et de donner une organisation nouvelle à la séparation de corps, avaient, dans le courant de la même année, été présentés à la Chambre des pairs et adoptés par cette Chambre. Mais la présentation de ces deux projets

[6] Cette loi est ainsi conçue : Art. 1er. Le divorce est aboli. Art. 2. Toutes demandes et instances en divorce pour causes déterminées sont converties en demandes et instances en séparation de corps ; les jugements et arrêts restés sans exécution par le défaut de prononciation du divorce par l'officier civil, conformément aux articles 227, 264, 265 et 266 du Code civil, sont restreints aux effets de la séparation. Art. 3. Tous actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel sont annulés ; les jugements et arrêts rendus en ce cas, mais non suivis de la prononciation du divorce, sont considérés comme non avenus, conformément à l'art. 294. Voy. dans l'ouvrage de Locré, *Lég.*, V, p. 424, les travaux préparatoires de cette loi.

de lois à la Chambre des députés n'y fut suivie d'aucune discussion, et depuis ils n'ont pas été reproduits[7].

Après la révolution de 1830, la proposition de rétablir le divorce, soumise à quatre reprises différentes à la Chambre des députés, y fut chaque fois admise[8]; mais elle ne passa jamais à la Chambre des pairs. En 1848, la même proposition fut reproduite sans succès à l'Assemblée constituante.

[Il a été rétabli par la loi du 27 juillet 1884. Nous ferons l'historique de notre législation sur ce point au § 475[9].]

II. — DÉFINITION DU MARIAGE. — DES CONDITIONS ESSENTIELLES A SON EXISTENCE.

A. GÉNÉRALITÉS.

§ 450.

Le mariage est, d'après le droit philosophique, la société perpétuelle que contractent deux personnes de sexe différent, dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle, et aux rapports naturels qui doivent en naître[1].

[7] Cpr. Locré. *Lég.*, V, p. 493 et suiv. [Réserve faite, bien entendu, de la loi du 6 février 1893 et de ce qui en sera dit au § 485.]

[8] Cpr. *Moniteur* de 1831, p. 2390 et 2396 ; *Moniteur* de 1833, p. 813, 817, et 1482 ; *Moniteur* de 1834, p. 411.

[9] Zachariæ, écrivant pour un pays où le divorce est admis, a traité cette matière avec tous les développements qu'elle comporte.

[1] Cpr., avec cette définition du mariage, celles que donnent le jurisconsulte Modestin, L. 1, *D. de ritu nuptiarum*, 23, 2; Pothier, n° 3 et Portalis, *Exposé de motifs au Corps législatif* (Locré, *Lég.*, IV p. 479 à 481, n° 4). — D'après Zachariæ, § 449, texte *in principio*, *jure naturali non datur matrimonium sine copula carnali.* C'est, à notre avis, confondre l'objet essentiel du mariage avec l'un des effets qui s'y trouvent attachés. Le mariage donne bien à chacun des époux un droit sur le corps de l'autre; mais le commerce charnel n'est pas nécessaire pour la perfection du mariage. Cpr. aussi : *Dissertation historique et philosophique sur la nature du mariage*, par Wolowski, *Revue de législation*, 1852, I, p. 5 et 321, II, p. 5.

Une pareille société ne constitue un mariage, aux yeux du Droit positif, que lorsqu'elle réunit les conditions auxquelles ce Droit a subordonné son existence.

Le mariage, d'après le Droit français, est l'union de deux personnes de sexe différent, contractée avec certaines solennités. Une telle union constitue un mariage, lors même qu'elle n'aurait pas été formée dans la vue et avec la possibilité de procréer des enfants, ou qu'elle n'aurait été suivie d'aucune cohabitation[2].

Trois conditions sont, d'après le Droit français, essentielles à l'existence du mariage. Il faut :

1° Que les parties contractantes jouissent l'une et l'autre de la vie civile, et qu'elles soient de sexe différent;

2° Qu'elles se trouvent en état de donner un consentement moralement valable, et qu'elles consentent effectivement à se prendre pour mari et femme;

3° Que l'union soit solennellement célébrée.

L'une ou l'autre de ces conditions venant à défaillir, le mariage est à considérer comme non avenu, indépendamment de tout jugement qui le déclare tel[3].

Si, au contraire, toutes ces conditions concourent, le mariage doit être considéré comme existant, et ne peut être détruit que par un jugement qui en prononce l'annulation par l'une des causes déterminées par la loi.

La distinction que nous avons toujours cherché à

[2] Montpellier, 4 mai 1847, Sir., 47, 2, 418.

[3] La non-existence d'un acte juridique est indépendante de toute déclaration judiciaire. Cpr. § 37, texte et note 5. Si une société semblait réunir toutes les conditions nécessaires à l'existence d'un mariage, il faudrait à la vérité recourir à l'intervention de la justice pour faire déclarer qu'en réalité cette union ne constitue pas un mariage. Mais on conçoit fort bien l'immense différence qu'il y a entre la demande intentée à cet effet, dans le but unique de faire statuer en fait que le prétendu mariage se trouve réellement dépourvu de telle ou telle condition sans laquelle il ne saurait exister, et une demande en nullité de mariage, qui a tout à la fois pour objet de faire déclarer en fait que le mariage se trouve entaché de tel ou tel vice, de faire juger en droit que ce vice est de nature à entraîner la nullité du mariage, et de faire enfin prononcer cette nullité qui ne peut résulter que de la déclaration du juge. Zachariæ, 449, note 3.

maintenir entre les [conditions] essentielles à l'existence d'un acte juridique et les conditions simplement nécessaires à sa validité[4] présente, non seulement pour la théorie, mais encore au point de vue pratique, une importance toute particulière dans la matière qui nous occupe[5], à raison du principe que le juge ne peut, en fait de mariage, admettre que des nullités littérales, et que le droit de proposer une nullité de mariage n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi ouvre une action à cet effet[6].

B. SPÉCIALITÉS.

§ 451.

1. *Des qualités essentielles des parties, en fait de mariage.*

1° Les parties contractantes doivent l'une et l'autre jouir de la vie civile. Le mariage contracté par un mort civilement est donc à considérer comme non avenu[1]. Art. 25, al. 7.

[4] Cpr. surtout §§ 37 et 343.

[5] La distinction entre la non-existence et la nullité du mariage est écrite dans le Code Napoléon : la combinaison des art. 146 et 180 la fait ressortir d'une manière non équivoque. Cette distinction a été proclamée, au sein du Conseil d'État, par le premier Consul. Cpr. Locré. *Leg.*, IV, p. 324, n° 15; p. 326 et 327, n° 17; p. 371, n° 5; p. 437 à 439, n°s 8 à 11, qui, plus d'une fois, dans le cours de la discussion du titre *Du mariage*, donna des preuves d'une sagacité remarquable. Les premiers commentateurs du Code paraissent cependant avoir confondu le mariage non-existant et le mariage simplement annulable. Du moins leur théorie est tellement vague, qu'on ne saurait reconnaître s'ils ont voulu admettre ou rejeter la distinction que nous avons cru devoir proposer. Peut-être n'en ont-ils pas compris l'importance; peut-être aussi ont-ils été arrêtés par la difficulté de déterminer, d'une manière bien tranchée, les conditions essentielles à l'existence du mariage, et qu'ils ont trouvé plus simple d'esquiver cette difficulté que de la résoudre. La théorie que nous avons établie à ce sujet, d'après Zachariæ, § 449, a été depuis adoptée en principe, et sauf quelques dissidences sur des points de détail, par Marcadé, *Obs. prélim. sur le chap. IV du titre du mariage*, et par M. Demolombe, III, 239 à 242.

[6] Cpr. § 458, notes 2 à 4.

[1] Il existait, dans le projet du Code, un article qui donnait exclu-

Cette proposition, qui conserve toute sa force en ce qui concerne les mariages contractés, soit sous l'empire des lois révolutionnaires, par des émigrés, soit avant la loi du 31 mai 1854, par des individus condamnés à des peines emportant mort civile, devrait également recevoir son application, quant aux mariages que contracteraient encore aujourd'hui des étrangers privés de la vie civile par suite de profession religieuse[2].

sivement à l'autre époux le droit de faire valoir la nullité résultant de ce qu'un mariage aurait été contracté par un mort civilement. Mais, dans la discussion au Conseil d'État, le premier Consul fit observer qu'il était inconséquent de supposer l'existence d'un pareil mariage, qu'il valait donc mieux ne pas en parler; et cette observation motiva le retranchement de l'article. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 355, art. 6; p. 369 et suiv., n°s 2 à 5. Ce retranchement et la discussion à la suite de laquelle il a été opéré justifient complètement notre manière de voir, qui est également conforme au texte de l'art. 25, al. 7. Un mariage privé de tous les effets civils par une législation qui ne considère le mariage que comme un contrat civil est nécessairement un mariage qui n'existe pas aux yeux de cette législation. Zachariæ, § 451, texte et note 5. Telle paraît être aussi l'opinion de Toullier, I, 650 : et cette opinion a, depuis nos premières éditions, été admise par M. Demolombe, III, 242. Voy. aussi dans ce sens : Civ. cass., 16 mai 1808. Sir., 8, 1, 297. Les autres auteurs: cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 3; Duranton, II, 132; Vazeille, I, 84 à 86, 229 à 232, ne regardent le mariage contracté par un mort civilement que comme frappé de nullité. Cpr. § 451 *bis*, note 3, sur les dangers de cette doctrine.

[2] Cpr. § 31, texte et note 27; § 80, texte et note 14. [Cette proposition nous paraît, d'ailleurs, aujourd'hui, trop absolue. Elle ne serait, dans notre pensée, rigoureusement vraie qu'en ce qui concerne le mariage contracté en fait, au mépris de l'incapacité dont il est question au texte, dans le pays d'origine de l'incapable. Il en serait autrement, croyons-nous, tout au moins pour le mariage de cet incapable qui serait célébré en France, l'incapacité civile résultant de la profession religieuse pouvant être considérée comme contraire à l'ordre public international en France. Cpr. note de M. Bartin sous l'arrêt de la Cour de Paris du 17 mars 1902. (Dall. 1903, 2, 49.) Nous ne voyons pas comment un tribunal français, saisi, sur le refus de l'officier de l'état civil français de procéder à la célébration du mariage, d'une demande du prétendu incapable à l'effet de contraindre cet officier public à procéder à cette célébration, pourrait repousser cette demande, en faisant prévaloir le principe, consacré par la loi étrangère, des effets civils de la profession religieuse, sur le principe, fondamental en France, de la neutralité de la loi civile

2° Les parties contractantes doivent être de sexe différent. L'union qui serait célébrée par fraude entre deux personnes du même sexe ne constituerait pas un mariage[3].

Mais l'impuissance, résultant soit de la faiblesse des parties sexuelles, soit de la conformation vicieuse ou de la mutilation de ces organes, ne s'oppose pas à l'existence du mariage, pourvu que le sexe soit reconnaissable, et qu'il soit différent chez l'un et chez l'autre des contractants[4].

La non-existence d'un mariage résultant de l'incapacité des parties contractantes peut être proposée en tout temps et par toute personne intéressée[5]. Ainsi, par exemple, la non-existence du mariage contracté par un mort civilement peut encore être proposée après la cessation de la mort civile[6]; et ce, quand même le mort civilement

entre les différents cultes. Ce raisonnement, qui nous aurait paru convaincant, même sous le régime du Concordat de 1801, nous paraît plus solide encore sous le régime de la séparation des Églises et de l'État, institué par la loi du 9 décembre 1905. — Voy. en ce sens, Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *Des personnes*, I, n° 1619, et les autorités citées.]

[3] Zachariæ, § 451, texte et note 3. Glasson, n° 133. Cpr. *Rép.*, v° Hermaphrodite; et le jugement interlocutoire rendu par le tribunal de la Seine, dans l'affaire Lelasseur contre Beaumont (*Gazette des Tribunaux*, du 19 avril 1834).

[4] Voy. en ce sens, le jugement définitif rendu dans l'affaire citée à la note précédente (*Gazette des Tribunaux*, du 10 décembre 1834) [Voy. également Trib. de Nîmes, 21 juillet 1893 (motifs) sous l'arrêt de la Cour de Nîmes du 21 juillet 1893. Sir., 1896, 2, 142. Cpr. Caen, 23 mars 1882. Sir., 1882, 2, 108.] — Partant de l'idée qu'un impuissant n'a pas de sexe, Zachariæ, § 451, texte, notes 6 et 7, considère comme non avenu le mariage contracté par une personne frappée d'impuissance à raison de la conformation vicieuse ou de la mutilation de ses parties sexuelles. Mais la supposition de cet auteur est évidemment inexacte, toutes les fois que le sexe est reconnaissable. Dès lors nous ne pouvons admettre avec lui que l'impuissance s'oppose à l'existence du mariage. — Ne forme-t-elle pas, du moins un empêchement dirimant de mariage? Cpr. sur cette question : § 464, texte n° 6.

[5] Cpr. § 37, texte et note 5; § 450, note 3. Zachariæ, § 451, texte et note 9.

[6] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, section III, § 1, n° 3. Civ. cass., 16 mai

aurait, après avoir été réintégré dans ses droits, continué de cohabiter avec la personne à laquelle il était uni[7].

§ 451 *bis*.

2. Du consentement des parties contractantes. — De la forme dans laquelle il doit être donné.

1° Il est essentiel à l'existence du mariage que les contractants, c'est-à-dire les parties dénommées dans l'acte de célébration, aient respectivement consenti à se prendre pour mari et femme. Art. 146. De là découlent les [conséquences] suivantes :

a. Lorsqu'un acte de célébration constate que deux per-

1808, Sir., 8, 1, 297. Cpr. Paris, 14 juin 1828, Sir., 2, 334. Voy. cep. en sens contraire : *Consultation de plusieurs anciens avocats de Rennes, sur la validité des mariages contractés par les émigrés français avant leur retour*, publiée par Toullier, Paris, 1817, br. in-8; Vazeille, I, 237. D'après la consultation précitée, il faudrait, en distinguant dans le mariage le lien naturel et les effets civils, admettre que l'union contractée par un mort civilement existe quant au lien, et devient dès lors civilement efficace par l'effet immédiat de sa réintégration dans la vie civile. Cette théorie, qui pouvait très bien se justifier sous l'empire de notre ancien Droit (Cpr. § 449, note 2), n'est pas compatible avec les principes consacrés par le Code Napoléon. Cpr. texte et note 1 *suprà*.

[7] Merlin avait, dans ses conclusions sur l'affaire Griffon (*Rép.*, *v° et loc. citt.*), émis transitoirement l'opinion que la cohabitation postérieure à la cessation de la mort civile devait rendre désormais non-recevable toute attaque dirigée contre le mariage par l'un ou l'autre des époux. Depuis, il a persisté dans cette opinion qui a été consacrée par la Cour de cassation. Req. rej., 19 juin 1811, Sir., 11, 1, 220. Mais en adoptant cette manière de voir, qu'il ne fonde que sur l'art. 196, évidemment étranger aux nullités intrinsèques dont le mariage peut être entaché, Merlin nous paraît s'être mis en contradiction avec lui-même. Cpr. *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 1, quest. 3 sur l'art. 184. Nous ajouterons qu'il ne semble pas possible d'opposer la fin de non-recevoir résultant de la cohabitation à des personnes autres que les époux; et nous demanderons quelle serait, dans le système que nous combattons, la position des enfants nés durant la mort civile, en présence d'enfants qui n'auraient été conçus que depuis sa cessation? Voy. dans le sens de notre opinion : Demolombe, III, 242.

sonnes ont consenti à se prendre pour époux, et que, dans la réalité, l'une d'elles n'a pas consenti au mariage, soit que, par suite d'une substitution de personnes, elle n'ait pas comparu devant l'officier de l'état civil, soit que, lors de sa comparution devant cet officier, elle n'ait pas voulu donner son consentement, ou qu'à raison d'une infirmité physique, elle ait été dans l'impossibilité de déclarer sa volonté[1], les parties dénommées dans l'acte de célébration sont, de plein droit, à considérer comme n'étant pas mariées[2].

b. Lorsque l'une ou l'autre des parties était, à l'époque de la célébration, en état de fureur, de démence ou d'imbécillité, le mariage doit être considéré comme non avenu, quand même la partie qui se trouvait, à raison de son état mental, dans l'impossibilité de manifester un véritable consentement n'aurait point encore été interdite[3]. Toute-

[1] Tel serait un sourd-muet de naissance qui ne saurait manifester son consentement, ni par écrit, ni par signes. Il existait dans le projet du Code une disposition qui déclarait les sourds-muets de naissance incapables de contracter mariage, à moins qu'il ne fût constaté qu'ils étaient capables de manifester leur volonté. Cette disposition fut retranchée comme inutile en présence de l'art. 146, et comme établissant en règle générale ce qui ne devait être qu'une exception, puisque la plupart des sourds-muets savent aujourd'hui manifester leur volonté. On convint de la remplacer par une autre disposition qui expliquerait la manière dont les sourds-muets devraient exprimer leur consentement. Mais il n'en a été rien fait; et dès lors on doit admettre, comme suffisante de la part d'un sourd-muet, une manifestation de volonté exprimée par un moyen de communication quelconque. Voy. Locré, *Lég.*, IV, p. 312, art. 3; p. 319, n° 12; Merlin, *Rép.*, v° Sourd-Muet n° 2; Toullier, I, 503; Vazeille, I, n°s 91 et 32; Duranton, II, 39; Allemand, I, 197 et suiv.; Marcadé, sur l'art. 146, n° 1; Demolombe, III, 24; Glasson, n° 88; Zachariæ, § 451; texte et note 4: Paris, 3 août 1855, Sir., 57, 2, 443. Cpr. Alger, 21 avril 1853, Sir., 54, 2, 444.

[2] Il est évident qu'il ne saurait, dans ce cas, être question d'une action en nullité, et que l'on doit procéder par voie d'inscription de faux, contre l'acte de célébration. Le faux une fois reconnu, la non-existence du mariage en sera la conséquence nécessaire. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 437 à 439, n°s 9 à 11). Duranton, II, 264. Glasson, n° 140. Zachariæ, § 451, texte et note 1.

[3] Le projet du Code contenait une disposition qui déclarait l'interdit pour cause de démence ou de fureur incapable de contracter

fois, comme l'état de démence présente une infinité de degrés, et qu'un homme d'ailleurs incapable de gérer ses

mariage. Cette disposition fut retranchée sur la demande du consul Cambacérès, qui en fit remarquer l'inutilité, en présence de la règle générale qui exige pour le mariage un consentement valable. Cpr. Locré, *Lég.*, IV., p. 312, art. 3, p. 322, nº 12, *in fine*. Or, cette règle générale ne peut être que celle qui se trouve consignée dans l'art. 146, portant qu'il n'y a pas de mariage sans consentement. Il a donc été reconnu au Conseil d'État que l'art. 146 comprend implicitement le cas où l'un des contractants est, à raison de son état mental, dans l'impossibilité de consentir au mariage. Et comme cette impossibilité est d'ailleurs le résultat d'un fait qui peut exister indépendamment de tout jugement antérieur d'interdiction, la proposition énoncée au texte se trouve justifiée dans toutes ses parties. Voy. en ce sens : Marcadé, *Observations préliminaires sur le chap. IV du titre du mariage*, nº 2 *in fine* ; Demolombe, III, 129 et 242 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 391, note *a* ; Zachariæ, § 451, texte et note 2. Contrairement à cette opinion, les premiers commentateurs du Code considéraient en pareil cas le mariage comme étant simplement frappé de nullité. Cpr. Proudhon, I, p. 391 ; Delvincourt, I. p. 143 ; Toullier, I, 501 et 502 ; Duranton, II, 27 et 29 à 35 ; Vazeille, I, 88 à 90, 239 et 240 ; Magnin, *Des minorités*, I, 158 à 160. Le vice et le danger de leur doctrine ont été clairement révélés dans une espèce jugée par la Cour de Paris, le 18 mai 1818, Sir., 19, 2, 182 ; et par la Cour de cassation, le 9 janvier 1821, Sir., 21, 1, 157. La Cour de Paris avait annulé le mariage d'un sieur Martin, sur la demande de ses héritiers collatéraux, qui invoquaient, entre autres causes de nullité, l'état de démence de leur auteur. Cet arrêt fut cassé pour avoir admis des héritiers collatéraux à proposer un moyen de nullité que, dans la supposition où il eût été fondé, aucune loi ne les autorisait à faire valoir. La Cour de cassation, dont l'arrêt a été combattu par M. Vazeille, *loc. cit.*, et défendu par Merlin, *Rép.*, vº Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 180, a depuis persisté dans sa jurisprudence. Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 246, [Civ. rej., 9 nov. 1887, Sir., 1887, 1, 461] qui a été adoptée par la Cour de Colmar, 27 février 1852, Sir., 52, 2, 488, [par la cour de Bordeaux, 25 juin 1884, Sir., 1884, 2, 201., et par le tribunal de la Seine, 20 fév. 1912.] Cette jurisprudence part du principe, en lui-même incontestable, qu'une nullité de mariage ne peut être proposée que par les personnes au profit desquelles la loi ouvre une action à cet effet. Mais si ce principe était applicable au mariage contracté en état de démence par une personne non interdite, il faudrait en conclure qu'un pareil mariage ne pourrait être attaqué par qui que ce soit. C'est en vain que pour se soustraire à cette conclusion, qu'il déclare inadmissible, Merlin applique à l'hypothèse dont il s'agit les dispositions de l'art. 180, et enseigne que, d'après cet ar-

affaires peut, malgré la faiblesse de [ses] facultés intellectuelles, être en état de comprendre la nature et le but du mariage, les tribunaux jouissent de la plus grande latitude pour apprécier si, de fait, le consentement a été donné ou n'a pas été donné.

Quant au mariage contracté dans un intervalle lucide, par une personne habituellement atteinte de fureur ou de démence, il doit être regardé comme existant, quand même cette personne aurait été antérieurement interdite[4].

ticle, la nullité du mariage contracté en état de démence par une personne non interdite pourra être proposée, soit par cette personne elle-même, lorsqu'elle aura recouvré l'usage de sa raison. *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 6, sur l'art. 184, soit par son tuteur, après que son interdiction aura été prononcée, *Quest.*, v° Mariage, § 12. [Voy. en ce sens : Bastia, 8 février 1888, Sir., 1889, 2. 177. Civ. rej. (mêmes parties), 26 février 1890, Sir., 1890, 1, 216.] Car c'est évidemment en forçant le sens et la lettre de l'art. 180, que cet auteur l'étend à une hypothèse dont il ne s'occupe nullement. [Cpr. la note de M. Labbé sous l'arrêt précité de la Cour de Bastia.] Le seul moyen d'échapper à l'absurde conclusion que nous avons signalée, est de considérer, non comme étant simplement frappé de nullité, mais comme non-existant, le mariage contracté en état de fureur, de démence ou d'imbécillité.

[4] Le Tribunat (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 451, n° 2) avait demandé le rétablissement de la disposition qui déclarait l'interdit pour cause de démence incapable de contracter mariage (cpr. note précédente), en faisant observer que cette disposition était nécessaire, même en présence de l'art. 146, pour le cas où l'interdit se trouverait avoir des intervalles lucides. Mais la demande du Tribunat ne fut pas accueillie, et le rejet de sa proposition vient à l'appui de la doctrine émise au texte. Voy. en ce sens : Demolombe, III, n° 127, p. 180 et 181 ; Glasson, n° 90. — Marcadé, *loc. cit.*, n° 2, prétend, au contraire que le mariage contracté par un interdit, quoique dans un intervalle lucide, rentre sous l'application de l'art. 146 et doit être réputé non-existant, faute de consentement *civilement* valable. Mais la question de l'existence du consentement comme simple fait moral est complètement distincte de la question de capacité légale. Aussi l'art. 1108 sépare-t-il nettement, dans la formation des conventions, la condition du consentement des parties contractantes et celle de leur capacité. Les explications données par Cambacérès dans la discussion à la suite de laquelle a été supprimé l'article qui déclarait les interdits, les sourds-muets et les morts civilement incapables de contracter mariage, explications sur lesquelles Marcadé fonde son opinion, sont loin d'être assez précises et assez complètes pour permettre de supposer que le législateur

L'erreur de l'un des conjoints sur la personne physique de l'autre, quoique de nature à entraîner la nullité du mariage, ne suffit pas non plus pour le faire déclarer non existant[5].

2° Les contractants doivent exprimer leur consentement au mariage en présence de l'officier de l'état civil, au moment où il va procéder à leur union. Tout consentement donné en l'absence de cet officier, ou dans un autre moment que celui de la célébration, serait insuffisant pour la formation du lien conjugal. Art. 75 [[5] *bis*].

soit tombé dans une confusion qui fait violence à la nature des choses. — *Quid* de la validité du mariage contracté par l'interdit dans un intervalle lucide? Cpr. § 464, texte n° 1.

[5] Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 180, nos 1 à 3; Demolombe, III, 246; Glasson, nos 141 et 142. Ces auteurs pourraient avoir raison au point de vue purement philosophique : *Non videntur, qui errant, consentire*. Cpr. § 343 *bis*, texte et note 1. Mais leur opinion ne saurait se concilier avec le système établi par les rédacteurs du Code, soit en ce qui concerne les contrats en général, soit par rapport au mariage en particulier. Il résulte de l'ensemble de la discussion au Conseil d'État, et surtout de la suppression du second alinéa de l'art. 146, qui portait : « Il n'y a pas de consentement, lorsqu'il y a violence ou *erreur sur la personne* », qu'on n'a entendu accorder, pour l'erreur dans la personne, de quelque nature que pût être cette erreur, qu'une simple action en nullité, limitée dans sa durée, et restreinte, quant à son exercice, à certaines personnes. On ne peut approuver le parti auquel les rédacteurs du Code se sont arrêtés. Il serait contraire à l'intérêt des familles et à la morale publique que sous prétexte d'erreur sur la personne physique, l'existence d'un mariage pût être contestée à toute époque, malgré une cohabitation continuée pendant plusieurs années, et ce, par toute personne intéressée, y compris même l'époux qui aurait trompé son conjoint. Que l'on ne dise pas que les tribunaux pourraient, en pareil cas, écarter l'action dirigée contre le mariage, en déclarant qu'il a existé. Comment, en effet, déclareraient-ils l'existence du mariage, si de fait, comme il faut le supposer, l'erreur de l'un des époux sur la personne de l'autre, au moment de la célébration du mariage, se trouvant invinciblement établie, il devait être tenu pour non avenu? Cette déclaration serait inadmissible dans le système que nous repoussons.

[[5] *bis*. La Cour de Pau (30 mai 1894, Sir., 1895, 2, 39) a tiré de la proposition formulée au texte cette conséquence, qu'en cas de promesse de mariage, et à supposer que cette promesse donne naissance à une action en justice (Cpr. § 454, note 26), il ne saurait

Le consentement ne peut être soumis à aucune condition, ni accompagné d'une réserve quelconque. On doit conclure que, quand même il serait établi en fait que la femme n'a donné son consentement que sous la foi de la promesse du mari de faire bénir leur union par l'Église, l'inexécution de cette promesse n'autoriserait pas la femme à prétendre que le mariage est à considérer comme non avenu pour défaut de consentement définitif de sa part[6].

En règle générale, le consentement des contractants doit être manifesté de vive voix[7]. Art. 75. Cependant une déclaration verbale n'est pas absolument indispensable; et le mariage n'en devrait pas moins être regardé comme existant, si le consentement, non exprimé de vive voix, avait été manifesté par des moyens non équivoques, qui ne laissassent aucun doute sur l'adhésion des parties au mariage[8].

La non-existence du mariage peut, dans les différentes hypothèse ci-dessus indiquées, être invoquée en tout temps, et par toute personne intéressée[9]. Ainsi, par exemple, la non-existence du mariage contracté en état de fureur, de démence ou d'imbécillité, peut être proposée, soit par l'époux sain d'esprit, soit par celui qui ne l'était pas, ou,

appartenir au tribunal saisi de cette action de donner acte à l'une des parties de la déclaration faite par l'autre qu'elle est prête à l'épouser. Le consentement au mariage ne peut être donné que dans les formes légales, devant l'officier de l'état civil.]

[6] Thieret, *Revue de législation*, 1846, III, p. 161. Glasson, n° 114. Montpellier, 4 juin, 1847, Sir., 47, 2, 418. Voy. en sens contraire : Bressolles, *Revue de législation*, 1846, II, p. 149. — Un pareil mariage pourrait-il être annulé pour cause d'erreur? Voy. dans le sens de la négative : § 462, texte n° 1, et note 10. — Le refus du mari pourrait-il du moins donner ouverture à une demande [en divorce ou] en séparation de corps? Voy. pour l'affirmative : § 476 (491 de la quatrième édition), texte n° 1, et note 16.

[7] Cpr. L. des 20-25 septembre 1792, sect. IV, art. 5; Crim. cass., 22 avril 1833, Sir., 33, 1, 645.

[8] C'est ce qui résulte de la discussion au Conseil d'État, lors de laquelle on reconnut la capacité de se marier aux sourds-muets qui pourraient manifester leur consentement d'une manière quelconque. Cpr. note 1 *suprà*.

[9] Marcadé, *Obs. prél. sur le chap. IV du titre du mariage*. Demolombe, III, 224. Glasson, n° 143.

après son décès, par ses héritiers[10]. Ce n'est cependant qu'avec une grande réserve que les tribunaux doivent déclarer non avenu un mariage attaqué pour un pareil motif, lorsque la demande est formée, soit par l'époux sain d'esprit, qui ne prouverait pas qu'il a ignoré l'état mental de son futur conjoint, soit par des collatéraux qui n'auraient pas provoqué l'interdiction de l'époux qu'ils prétendraient s'être marié en état de démence, et, surtout, lorsqu'elle est intentée par l'époux qui, après avoir complètement recouvré l'usage de ses facultés intellectuelles, aurait continué de cohabiter avec la personne à laquelle il soutiendrait s'être uni à une époque où il n'était pas sain d'esprit.

§ 452.

3. *De la célébration du mariage.*

Indépendamment des solennités relatives à la manifestation du consentement des contractants, le mariage exige, comme condition essentielle à son existence, que l'union des parties aient été prononcée, au nom de la loi, par un officier de l'état civil[1]. Arg. art. 75 et 76 cbn. 194. La société contractée entre deux personnes de sexe différent ne constitue pas un mariage, lorsque leur union légale n'a pas été prononcée, ou lorsqu'elle l'a été, soit par un

[10] Le contraire a été jugé le 26 mars 1824, Sir., 24. 2. 223, par la Cour de Toulouse, qui a cru devoir appliquer à l'hypothèse indiquée au texte les dispositions de l'art. 504. Mais, à notre avis, cette Cour n'a pu statuer ainsi qu'en violant la maxime *Speciala generalibus derogant.* On s'exposerait aux plus graves erreurs, si on voulait étendre à la matière du mariage des dispositions générales, lors de la rédaction desquelles le législateur n'avait aucunement en vue cette matière, qui devait être régie par des règles toutes spéciales. La proposition énoncée au texte est également en opposition avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Cpr. note 3 *suprà.*

[1] Telle est, en effet, la solennité constitutive du mariage, et sans laquelle il ne saurait exister, suivant la maxime *Forma date esse rei.* Cpr. § 37, texte et note 4; Merlin, *Rép.*, vo Mariage, sect. V, § 2, no 6; Civ. cass., 22 avril 1833, Sir., 33, 1, 645.

simple particulier, soit par un fonctionnaire public non revêtu du caractère d'officier de l'état civil[2]. Ainsi, l'union célébrée devant un prêtre n'est point un mariage aux yeux de la loi civile[3].

Mais les autres solennités qui doivent précéder ou accompagner la célébration du mariage ne sont pas essentielles à l'existence de cet acte juridique. Ainsi, la clandestinité de l'union et l'incompétence de l'officier de l'état civil qui y a procédé ne s'opposent point à l'existence du mariage, et ne donnent ouverture qu'à une action en nullité, dont l'appréciation est même, dans une certaine mesure, abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux[4]. Art. 191 cbn. 193.

La non-existence du mariage peut, dans les cas ci-dessus indiqués, être invoquée en tout temps et par toute personne intéressée[5], sans que la possession d'état la plus longue produise une fin de non-recevoir contre l'action ou l'exception au moyen de laquelle elle est proposée[6].

[2] Marcadé, *Obs. prél. sur le chap. IV du titre de mariage*, n° 2. Demolombe, III, 205 et 242. Zachariæ, § 454, texte, notes 1 et 4. Lyon, 4 avril 1867, Sir., 67, 2, 290. Cpr. Vazeille, I, 252; Valette, sur Proudhon, I, p. 410 et 411; Civ. rej., 2 décembre 1807, Sir., 8, 1, 140; Civ. cass., 10 août 1819, Sir., 19, 1, 452.

[3] Marcadé et Demolombe, *locc. citt.* Bourges, 17 mai 1830, Sir., 30, 2, 174; Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113. — Cpr. cep. sur les mariages célébrés en Corse de 1793 à 1796 : Bastia, 2 février 1857, Sir., 57, 2, 129.

[4] Cpr. § 467. — C'est à tort que Zachariæ (§ 454, texte, notes 2 et 5) range l'incompétence de l'officier de l'état civil et la clandestinité de l'union au nombre des causes qui forment obstacle à l'existence même du mariage. Cet auteur a évidemment exagéré, sous ce rapport, les conséquences de la règle *Forma dat esse rei*. En tout cas, sa manière de voir est incompatible avec l'art. 191.

[5] Voy. § 37, texte et note 5.

[6] Arg. *à contrario*, art. 196, Marcadé, *loc. cit.*, n° 1. Demolombe, III, 241.

§ 452 *bis*.

Appendice au paragraphe précédent.— De la preuve de la célébration du mariage.

L'observation des solennités requises pour l'existence du mariage doit être constatée au moyen d'un acte instrumentaire de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil. A défaut de la rédaction d'un pareil acte, ou de son inscription sur les registres, la loi présume qu'il n'existe pas de mariage. Cette présomption est en général absolue; elle ne peut, si ce n'est dans les cas exceptionnels ci-après indiqués, être combattue par aucune preuve contraire[1], lorsqu'il s'agit des effets civils du mariage[2]. Art. 194 cbn. 1352, al. 2.

La possession d'état d'époux légitimes, dont jouiraient ou dont auraient joui deux individus qui vivraient ou qui auraient vécu publiquement comme mari et femme, ne pourrait pas suppléer à la production d'un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil[3]. Art. 195.

[1] La partie qui réclame les effets civils d'un mariage ne serait pas admise à déférer, sur l'existence de ce prétendu mariage, le serment litis-décisoire à la partie qui le nie. *Nec obstat*, art. 1358 : Cpr. art 6; *Exposé des motifs*, par Portalis. Locré, *Lég.*, IV, p. 516, nº 53; Locré, II, 292, Merlin, *Rép.*, vº Mariage, sect. V, § 2, nº 3; et vº Serment, § 2, art. 2, nº 6. — La célébration du mariage ne pourrait pas non plus, même avec un commencement de preuve par écrit, s'établir par témoins. L'opinion contraire de Demante, *Cours* I, 227 *bis*, I, est en opposition manifeste avec l'art. 194.

[2] La disposition de l'art. 194 est, d'après les termes mêmes de cet article, étrangère au cas où la réclamation n'a pas pour objet un des effets civils du mariage, par exemple, à l'hypothèse où l'on ne veut établir l'existence du mariage que pour prouver en fait l'événement d'une condition dont l'accomplissement doit entraîner l'ouverture ou l'extinction d'un droit établi par convention ou disposition de dernière volonté. Cpr. Merlin, *Rép.*, vº Mariage, sect. V, § 2, nºs 3 et 14; Demolombe, III, 390.

[3] A partir de l'ordonnance de Blois, de mai 1579 (art. 40 et 44), les mariages présumés n'ont plus été admis en France, c'est-à-dire que, depuis lors, la possession d'état d'époux légitimes a cessé d'engendrer une présomption de célébration de mariage. A plus forte

Il en est ainsi, quelles que soient d'ailleurs les personnes engagées dans la contestation. La possession d'état ne peut donc être invoquée, ni par les prétendus époux l'un contre l'autre[4], ni par le survivant d'entre eux contre les héritiers du prédécédé[5], ou réciproquement[6], ni enfin par les enfants issus du prétendu mariage contre les personnes intéressées à contester leur légitimité[7]. Il en serait ainsi, quand même la partie qui nierait l'existence du mariage aurait antérieurement reconnu à la partie adverse l'état qu'elle lui conteste actuellement[8].

raison, cette possession d'état ne peut-elle pas aujourd'hui détruire la présomption contraire qui, d'après l'art. 194, résulte de la non-représentation d'un acte de célébration. Cpr. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *op. et loc. citt.*): Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 8 : Zachariæ, § 456, texte et note 3.

[4] Le législateur a cru devoir formellement sanctionner cette conséquence du principe posé par l'art. 194, pour indiquer que ce principe ne fléchit pas même en faveur de celui qui est, à l'égard de son époux prétendu, en possession publique de l'état de mari ou de femme. Tel est le but de l'art. 195, qui ne doit pas être interprété d'une manière restrictive. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 7. Cpr. la note suivante.

[5] *Nec obstat*, art. 195. Vainement dira-t-on que cet article, qui déclare la possession d'état insuffisante, lorsqu'elle est invoquée par l'un des prétendus époux contre l'autre, la reconnaît implicitement comme suffisante, lorsqu'elle est invoquée par le survivant d'entre eux contre les héritiers du prédécédé. Cet argument *à contrario* est sans valeur, en présence de la règle générale posée par l'art. 194, et de l'exception consacrée par l'art. 197, exception entièrement exclusive de celle qu'on voudrait faire résulter de l'art. 195. Notre interprétation est d'ailleurs conforme aux explications données, lors de la discussion au Conseil d'État, par Tronchet, et dans l'*Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 420, n° 20; p. 516 et 517, n° 55). Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 9.

[6] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 13, Bruxelles, 7 juin 1806, Sir., 6, 2, 350.

[7] Demolombe, III, 388. Sauf à ces enfants à se prévaloir de l'exception introduite en leur faveur par l'art. 197, lorsqu'ils se trouvent dans les conditions exigées par cet article. *Sed exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.* Cpr. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.* et v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 2 sur l'art. 197; Paris, 20 mai 1808, Sir., 8, 2, 204; Bourges, 15 mars 1830, Sir., 30, 2, 174.

[8] *Nec obstat* art. 1338 : En confirmant un acte vicieux, mais existant, on répare les vices dont il se trouvait entaché, et on s'interdit

Il résulte de ce qui précède qu'à défaut de la production d'un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil, chaque personne intéressée peut, en tout temps, contester aux prétendus époux et aux enfants issus de leur commerce, la qualité d'époux et d'enfants légitimes [9]. Art. 194 et 195.

La question de savoir si les irrégularités dont un acte de célébration peut se trouver entaché sont ou non de nature à en entraîner la nullité comme acte instrumentaire, ou, en d'autres termes, à lui enlever toute force probante, doit se décider d'après les règles exposées au § 65. Mais, en tout cas, et quelles que soient ces irrégularités [10], les époux sont respectivement non recevables à s'en prévaloir lorsqu'ils ont la possession d'état, et que l'acte de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil [11], est représenté [12]. Art. 196 [13].

Le principe posé par les art. 194 et 195 est soumis aux exceptions suivantes :

1° Dans les cas, explicitement ou implicitement prévus par l'art. 46 du Code Napoléon [14], la présomption ci-

ainsi la faculté de le critiquer à l'avenir; mais on ne peut, en reconnaissant un mariage qui n'existe pas, s'enlever le droit d'en contester l'existence. L'aveu ne saurait équivaloir à la preuve légale d'un mariage. Arg. art. 194. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 11 et 12. Cpr. Riom, 11 juin 1808, Sir., 8, 2, 322. Voy. cep. Montpellier, 2 mars 1832, Sir., 32, 2, 610.

[9] Cpr. Merlin. *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 14; Req. rej., 21 juin 1817, Sir., 19, 1, 438.

[10] Cpr. Req. rej., 26 juillet 1865, Sir., 65, 1, 393.

[11] Un acte inscrit sur une simple feuille volante serait insuffisant. Cpr. § 64, texte et note 15; Duranton, II, 251; Marcadé, sur l'art. 196, n° 3; Demolombe, III, 329; Zachariæ, § 456, note 7. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 598; Vazeille, I, 202; Demante, *Cours*, I, 278 *bis*, IV.

[12] Delvincourt, I, p. 139. Duranton, II, 250 et 252. Marcadé, sur l'art. 196, n° 1. Taulier, I, p. 323 et 324.

[13] Voy. sur cet article : *Dissertation*, par Gérardin, *Revue pratique*, 1866, XXI, p. 257. — La fin de non-recevoir établie par l'art. 196 s'applique-t-elle également à l'action en nullité dirigée, pour vices de forme, contre la célébration elle-même? Voy. § 467, texte n° 3, et notes 26 à 30.

[14] Cpr. sur les cas qui peuvent être envisagés comme rentrant

dessus établie cesse d'être absolue; et toute personne intéressée est admise à faire, tant par écrit que par témoins, la preuve de la célébration du mariage [15]. Art. 194.

Mais, dans ces cas mêmes, la possession d'état la plus longue ne dispenserait pas la personne qui réclame les effets civils du mariage de prouver le fait de la célébration [16].

D'un autre côté, la simple allégation que l'acte de célébration n'a point été inscrit sur les registres, dont cependant la tenue et la conservation seraient régulières et complètes, ne suffirait pas pour autoriser la preuve par titres et par témoins de cette omission et du fait de la célébration [17].

2° Les enfants issus du commerce de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui sont l'un et l'autre décédés, ne sont pas obligés, pour établir leur légitimité, de rapporter l'acte de célébration du

implicitement sous la disposition de l'art. 46; § 64, texte, note 7 à 13; Marcadé, sur l'art. 46, nos 1, 2 et 3; Vazeille, I. 200.

[15] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 9. Riom, 11 juin 1808, Sir., 8, 2, 322. — Est-il absolument nécessaire, pour établir le fait de la célébration, que les témoins, appelés à en déposer, déclarent avoir entendu l'officier de l'état civil prononcer la formule : *Au nom de la loi, je vous déclare unis par le mariage*? Cpr. sur cette question : Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6, p. 634.

[16] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, nos 8, 9, 10 et 13. Zachariæ, § 456, note 9, *in fine*.

[17] Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 4. Toullier, I, 599. Duranton, I, 297. Valette, sur Proudhon, I, p. 211 et 212, note *a*, *in fine*. Demolombe, I, 324. Du Caurroy, Bonnier et Roustain. I, 329. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 201 ; Coin-Delisle, sur l'art. 46, n° 18; Richelot, I, 215 ; Req. rej., 22 août 1831. Sir., 31. 1, 361 ; Limoges, 26 juillet 1832, Dalloz, 1832, 2, 182. On cite encore dans le même sens les arrêts suivants : Toulouse, 20 mai 1817, Sir., 18, 2, 21 ; Civ. rej., 23 décembre 1819, Sir., 20, 2, 281. Mais ces arrêts, rendus par application de l'ancienne jurisprudence, ne peuvent avoir aucune autorité sous l'empire du Code Napoléon, en présence de la disposition si précise de l'art. 194. Cet article, comme nous l'avons établi au § 64 (texte et note 13), repousse d'une manière invincible l'opinion contraire à celle que nous professons.

mariage de leurs père et mère[18]. Art. 197[19]. Ils peuvent, quoiqu'ils ne se trouvent dans aucun des cas prévus par l'art. 46[20], suppléer à la représentation de cet acte, en prouvant, d'une part, que les auteurs de leurs jours sont tous deux décédés[21], qu'ils ont publiquement cohabité l'un avec l'autre[22], et que, jusqu'au moment de leur décès, ils ont

[18] Cette exception est fondée sur ce que les enfants peuvent ne pas connaître ce qui s'est passé avant leur naissance. *Discussion au Conseil d'État et Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 420 et suiv., n° 20, p. 516. et 517, n° 55). Elle peut du reste être invoquée par les héritiers des enfants, aussi bien que par ces derniers. Nîmes, 18 juin 1860. Sir., 61, 2, 325.

[19] Cet article consacre la théorie développée par Cochin, dans son mémoire pour la veuve Bourgelat. *Œuvres de Cochin*, édit. de 1821, II, p. 24.

[20] Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. 1, § 2, quest. 10 sur l'art. 197. Zachariæ, § 456, note 46. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., 10, 1, 239. Toulouse, 4 juillet 1844, Sir., 44, 2, 398. Nîmes, 18 juin 1860, Sir., 61, 2, 325.

[21] La condition du décès des père et mère étant expressément exigée par l'art. 197, les enfants ne pourraient y suppléer en prouvant l'absence ou la démence de celui de leurs parents qui serait encore en vie. *Exceptio est strictissimæ interpretationis. Et alias non est eadem ratio.* En effet, la démence ou l'absence peuvent cesser d'un moment à l'autre, et ne présentent pas, comme le décès, un état définitif. D'un autre côté, il ne serait pas impossible que l'absence fût, de la part du survivant des père et mère, le résultat d'un calcul. En vain dit-on, dans le système contraire, que les intérêts de ceux qui contestent la légitimité de l'enfant pourront être sauvegardés au moyen de réserves faites pour le cas où le survivant viendrait à reparaître ou à recouvrer la raison. La nécessité de pareilles réserves prouve elle-même, à notre avis, le peu de solidité du système qui se trouve obligé d'y recourir. Comment admettre que l'état d'un enfant soit reconnu à titre provisoire seulement ? Ces réserves d'ailleurs ne deviendraient efficaces qu'autant qu'on obligerait l'enfant à fournir caution pour la restitution des biens qui lui seraient provisoirement adjugés, et, avec cette condition même, elles ne pareraient pas au danger d'une absence simulée. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. cit.*, quest. 2 et 3. Taulier, I, p. 325 et 326. Richefort, I, 80, Zachariæ, § 456, note 11. Toulouse, 24 juin 1820, Sir., 20, 2, 280. Paris, 21 juin 1853, Sir., 53, 2, 375. [Metz, 2 mars 1870, Sir., 1870, 2, 269.] Voy. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 197 ; Toullier, II, 877 : Duranton, II, 255 ; Vazeille, I, 214 ; Valette, sur Proudhon, II, p. 73, note 2 ; Bonnier, *Des preuves*, n° 128, Allemand, I, 440 ; Marcadé, sur l'art. 197, n° 2 ; Demolombe, III, 396.

[22] Zachariæ, § 456, note 10. Paris, 9 mai 1829, Sir., 30, 2, 57.

constamment été reconnus, soit dans leurs familles respectives, soit dans la société, comme des personnes unies par un légitime mariage[23], et en justifiant, d'autre part, qu'ils sont eux-mêmes en possession d'état d'enfants légitimes[24], et que cette possession d'état n'est pas contredite par leur acte de naissance[25]. Art. 197.

La preuve de la double possession d'état, exigée par l'art. 197, peut se faire tant par écrit que par témoins[26].

[23] Arg. art. 321. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. cit.*, quest. 5. — L'enfant qui ne représente pas l'acte de célébration du mariage dont il se prétend issu ne peut, en se fondant sur sa possession d'état d'enfant légitime, se dispenser de prouver que ses père et mère ont eu la possession d'état d'époux légitimes. L'art. 197 impose à l'enfant l'obligation de prouver cumulativement l'une et l'autre possessions d'état. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 7. Delvincourt, I. p. 141. Vazeille, I, 211 et 212. Demolombe, III, 298. Zachariæ, § 456, note 10. Paris, 9 mars 1811, Sir., 11, 2, 95. Paris, 11 mai 1816. Sir.. 17. 2, 44. Paris, 23 février 1822, Sir., 22, 2, 183. Civ. cass.. 19 juin 1867, Sir., 67, 1, 345. Civ. cass., 18 mars 1868, Sir., 68, 1, 205.

[24] Cpr. art. 231. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 8; Paris, 11 mai 1816, Sir.. 17, 2, 44.

[25] La rédaction de l'art. 197, arrêtée au Conseil d'État. dans la séance du 6 brumaire an x (Locré, *Lég.*, IV, p. 420 et suiv., n° 20, p. 432, art. 41), soumettait l'enfant à l'obligation de prouver sa légitimité par un acte de naissance appuyé de la possession d'état. Mais, sur les observations du consul Cambacérès (séance du 6 brumaire an xi, Locré, *Lég.*, IV, p. 469 et 470, n°s 4 et 6), cette rédaction fut remplacée par celle qui a passé dans le Code. Ainsi, d'une part, la loi n'impose pas à l'enfant l'obligation absolue de représenter son acte de naissance; d'autre part, elle ne demande pas que cet acte établisse sa légitimité. L'enfant qui ne peut représenter son acte de naissance administre d'une manière suffisante la preuve qui lui est imposée, en justifiant qu'il n'a pas été inscrit à sa naissance sur les registres de l'état civil du lieu où résidaient alors ses père et mère, ou que le lieu de naissance est inconnu. Si l'acte de naissance est représenté, il n'est pas nécessaire qu'il qualifie l'enfant de légitime. il suffit qu'il ne le qualifie pas de naturel. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 6. Delvincourt. I. p. 141. Locré, sur l'art. 197. Duranton, II, 253, III. 110. Taulier, I. p. 325. Demolombe. III, 401. Zachariæ, § 456. texte et note 14. Agen. 18 mai 1842. Sir., 42, 2, 541. Toulouse, 4 juillet 1843, Sir., 44, 2, 398. Voy. en sens contraire : Toullier. II, 877, note 2.

[26] La rédaction primitive de l'art. 197, qui exigeait que la possession d'état fût constatée par actes authentiques ou sous seing privé, a été modifiée lors de la discussion au Conseil d'État (séance du

Mais un enfant ne pourrait prétendre que ses père et mère ont eu la possession d'état d'époux légitimes, en se fondant uniquement sur la circonstance que son acte de naissance lui donnerait la qualification d'enfant légitime[27].

La preuve des différents faits indiqués en l'art. 197 établit, en faveur de l'enfant qui l'a administrée, une présomption légale de légitimité. Cette présomption n'est cependant pas absolue; et rien n'empêche, en théorie, de la combattre par la preuve de faits, exclusifs de la possibilité d'une célébration régulière de mariage[28]. Mais cette preuve ne résulterait d'une manière suffisante, ni de la déclaration des père et mère qu'il n'y a pas eu de célébration, ni de la production d'un acte irrégulier de célébration, ni bien moins encore de la simple représentation d'un acte de bénédiction nuptiale[29] [et [29] *bis*].

6 brumaire an x, Locré, *Lég.*, IV, p. 410, art. 16, p. 420 et suiv., n° 20). Zachariæ, § 456, note 10, *in fine.*

[27] L'opinion contraire émise par Portalis (*Exposé de motifs*, Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n° 55) est tout à la fois en opposition avec l'art. 197 et avec les principes qui règlent les effets des actes de naissance, dont l'objet n'est pas de prouver l'existence du mariage et la légitimité des enfants, mais seulement de constater leur naissance et leur filiation. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.*, quest. 6. Toullier, II, 877. Vazeille, I, 210 et 211. Valette, sur Proudhon, II, p. 72, note *a*, 1. Demolombe, III, 400. Zachariæ, § 456, texte et note 13. Aix, 28 mai 1810, Sir., 11, 2, 227. Paris, 9 mars 1811, Sir., 11, 2, 95.

[28] Bien qu'une pareille preuve soit très difficile et même, à vrai dire, à peu près impossible à administrer, ce n'est pas un motif pour la déclarer inadmissible en droit. En se bornant à dire que « la légitimité des enfants ne peut être contestée *sous le seul prétexte* « du défaut de représentation de l'acte de célébration », l'art. 197 indique clairement que la réunion des faits qui y sont énoncés n'entraîne pas une présomption *juris et de jure.* Cpr. Marcadé, sur l'art. 197, n° 3; Demolombe, III, 404.

[29] Demolombe, *loc. cit.*, Zachariæ, § 456, note 14, *in fine.* Bordeaux, 23 janvier 1835, Sir., 35, 2, 313. Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113. Req. rej., 11 août 1841, Sir., 41, 1, 616. Toulouse, 4 juillet 1843, Sir., 44, 2, 398.

[[29] *bis* La proposition formulée au texte resterait vraie, alors même qu'il résulterait des allégations provoquées par la représentation de l'acte de bénédiction nuptiale qu'il n'y a eu, ni à la date à laquelle cet acte remonte, ni même ultérieurement, de célébration civile

Il est, du reste, bien entendu que la présomption de légitimité admise par l'art. 197 peut toujours être efficacement contestée par tous les moyens à l'aide desquels elle pourrait l'être malgré la production d'un acte régulier de célébration, par exemple, en établissant que l'un des époux était privé de la vie civile, ou se trouvait engagé dans les liens d'un précédent mariage[30]. Elle peut l'être

réelle. Toulouse, 4 juillet 1843. Sir., 1844, 2, 398. La simple possibilité qu'il y ait eu célébration civile suffit pour entraîner l'application du texte, alors même que la réalité de la célébration serait invraisemblable en fait. Cpr. Req., 8 mai 1810. Sir. chronol., à sa date.]

[30] Merlin, *Rép.*, v° *et loc. citt.*, quest. 9. Delvincourt, I, p. 142. Toullier, II, 878 et 879. Duranton, III, 111. Richefort, I, 84. Marcadé, sur l'art. 197, n° 3. Demolombe, III, 403. Zachariæ, § 456 texte et note 12. Douai, 8 mars 1845, Sir., 45, 2, 321. Cpr. Req. rej., 7 avril 1869, Sir., 69, 1, 250. [Il a cependant été jugé que l'empêchement dirimant résultant de la parenté ou de l'alliance au degré prohibé entre les prétendus conjoints, à la date à laquelle remonte l'acte, d'ailleurs irrégulier, de célébration, invoqué par l'enfant issu de leur union, n'exclut pas l'application de l'art. 197. (Trib. Seine, 2 janvier 1863, *Gaz. des Trib.*, 9-10 janvier 1863.) Il suffit que cet empêchement ait été de nature à être levé par une dispense de l'autorité publique compétente, et que, d'après la loi personnelle des prétendus conjoints, cette dispense ait pu intervenir même après la célébration, même irrégulière, du mariage, — alors même que rien ne permettrait d'établir, en fait, que ces dispenses aient été réellement et ultérieurement obtenues. — Cette solution nous paraît excessive. Même en admettant que la disposition de l'art. 197 puisse, en principe, s'appliquer à l'hypothèse où il est établi que le mariage a été célébré, d'ailleurs irrégulièrement en la forme, à l'étranger, — ce qui est déjà discutable (Cpr. § 31 V, texte et note 77), — et à supposer, d'ailleurs, que la double possession d'état exigée par le texte se soit produite ou manifestée en France, il paraît extrêmement grave d'admettre que la simple possibilité de la disparition, postérieurement à la célébration du mariage, d'une incapacité qui frappait les prétendus conjoints à la date de leur union, puisse entraîner l'application de l'art. 197, alors même que la disparition de cette incapacité serait invraisemblable en fait. On pourrait, en effet, raisonner de même en ce qui concerne l'obstacle résultant de la privation de la vie civile ou du fait que l'un des prétendus conjoints se trouvait, à la date de la célébration, engagé dans les liens d'un précédent mariage : ce sont là, pareillement, des obstacles qui peuvent ultérieurement disparaître, et si la simple possibilité de la disparition de l'incapacité sanctionnée par l'empêchement dirimant,

également par une contestation de légitimité fondée sur l'art. 315.

3° Lorsqu'un acte de célébration a été falsifié ou altéré, soustrait ou supprimé, la preuve du mariage peut résulter, soit d'une poursuite, criminelle ou correctionnelle[31], dirigée contre l'auteur du crime ou du délit, soit d'une action civile intentée contre ses héritiers, d'après les distinctions suivantes (art. 198-200) :

Tant que l'auteur du crime ou du délit est encore en vie, l'action tendant à faire constater la falsification ou l'altération, la soustraction ou la suppression de l'acte de célébration ne peut être portée que devant les tribunaux de justice répressive[32].

dans l'hypothèse du 2 janvier 1863, suffit pour entraîner l'application de l'art. 197, on ne voit pas pourquoi il en serait différemment de la simple possibilité de la disparition des deux obstacles dont il vient d'être question, et qui ne sont assurément pas plus graves que l'empêchement dirimant de l'hypothèse de 1863. Sans doute, lorsqu'il s'agit de la réalité de la célébration civile elle-même, abstraction faite de la question de capacité ou d'incapacité des prétendus conjoints, nous avons admis, avec la jurisprudence, que la simple possibilité d'une célébration civile régulière suffit pour entraîner l'application de l'art. 197. Cpr. note 29 *bis suprà*. Mais il y a loin, de cette concession, à la solution du tribunal de la Seine, puisqu'il s'agit, dans un cas, de la formalité de la célébration, à laquelle on peut admettre, à la rigueur, que la possession d'état supplée, la capacité des prétendus conjoints n'étant d'ailleurs pas contestée, et, dans l'autre cas, de cette capacité elle-même, à laquelle la possession d'état ne saurait évidemment suppléer, puisque ce ne sont pas des institutions du même ordre.]

[31] Les expressions *procédure criminelle*, *action criminelle*, qu'on lit aux art. 198 et 199, y sont prises *sensu lato*. Cpr. note 42 *infrà*.

[32] C'est ce qui résulte, à notre avis, d'une manière évidente, du rapprochement des art. 198 et 200. Le législateur a cru devoir refuser, en pareil cas, à l'individu lésé, et ce par exception au principe posé dans l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, le droit de porter son action devant les tribunaux civils, pour éviter toute possibilité de collusion entre les parties. Valette, sur Proudhon, II, p. 104, note *a*. Demolombe, III, 415. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 204, Marcadé, sur l'art. 199, n° 4. — Du reste, il est à remarquer qu'il n'existe aucune opposition de vues entre les art. 198 et 327. Ce dernier article, qui subordonne l'action criminelle contre un délit de suppression d'état au jugement à rendre par les tribunaux civils sur la question de filiation, se justifie par la raison que cette question

Si les faits par suite desquels la preuve du mariage a été anéantie constituent un crime, les époux peuvent provoquer, par voie de plainte, l'action du ministère public, et se porter parties civiles. Ils sont même autorisés, lorsqu'il s'agit d'un simple délit, à saisir directement le tribunal correctionnel qui doit en connaître [33]. Ces droits paraissent également devoir être reconnus, du vivant même des deux époux, aux enfants issus de leur union, quand ils ont un intérêt né et actuel à faire constater l'existence du mariage, par exemple pour recueillir des successions auxquelles leurs père et mère auraient renoncé, ou dont ils se trouveraient exclus pour cause d'indignité [34]. Enfin,

est préjudicielle, et que les tribunaux de justice répressive sont incompétents pour en connaître. Art. 326. Dans l'hypothèse, au contraire, que prévoit l'art. 198, il n'y a plus de question d'état qui puisse être considérée comme préjudicielle à l'action publique, dont l'objet direct est uniquement de poursuivre un fait matériel d'altération ou de suppression de titre. On comprend d'ailleurs que le législateur ait admis les témoignages produits dans une instruction criminelle, comme pouvant suffisamment établir la preuve d'un mariage, puisque de sa nature, et en dehors des prescriptions de l'art. 194, la célébration est un fait public, susceptible d'être prouvé par témoins d'une manière complète, tandis qu'une simple preuve testimoniale administrée devant un tribunal de justice répressive, saisi d'une question de suppression d'état, n'a pas dû lui paraître suffisante pour établir la filiation, qui repose sur un fait complexe d'accouchement et d'identité, dépourvu d'ordinaire de toute publicité. Cpr. Marcadé, sur l'art. 199, n° 3 ; Demolombe, III, 407.

[33] Ces propositions ne sont que des applications des principes généraux sur l'exercice de l'action civile. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1, 63, 87, 182, 217, 271 et 335.

[34] *Non obstat*, art. 199. Il semble, au premier abord, résulter de cet article que, du vivant des deux époux, l'action dont nous nous occupons ne compète qu'à eux seuls. Mais il faut remarquer que les termes *si les époux ou l'un d'eux sont décédés* ne sont qu'énonciatifs, et ne posent pas une condition absolument exclusive de toute action de la part d'autres personnes que les époux eux-mêmes. Le législateur est parti de l'idée que, du vivant des deux époux, ceux-ci sont seuls intéressés, comme cela est vrai en général, à faire établir la preuve de la célébration. Mais il n'a pu entrer dans sa pensée de refuser, du vivant des époux, l'action tendant à ce rétablissement, même aux enfants qui pourraient avoir exceptionnellement un intérêt né et actuel à faire constater l'existence du mariage. L'art. 198 doit, sous ce rapport, être interprété dans le même sens

en cas de décès des deux époux ou de l'un d'eux, les mêmes droits appartiennent à toute personne intéressée[35]. Art. 199. Quant au ministère public, son action, en cette matière, comme dans les matières pénales en général, n'est soumise à aucune restriction ni condition : il peut l'exercer du vivant même des deux époux, et sans provocation de leur part[36].

Après le décès de l'auteur, quel qu'il soit, du crime ou du délit[37], l'action tendant à faire constater l'altération ou la falsification, la soustraction ou la suppression de l'acte de célébration, doit être suivie au civil contre ses héritiers. Mais les intéressés ne sont pas autorisés à la former directement et par eux-mêmes. Ils n'ont que la faculté de dénoncer au procureur de la République le fait qui leur porte préjudice, et d'intervenir dans l'instance que ce magistrat est tenu d'introduire sur leur dénonciation[38]. Art. 200.

que l'art 187. Cpr. § 461, note 20. Valette, sur Proudhon, II, p. 106, obs. IV. Demolombe, III, 412. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, part. I, p. 73; Vazeille, I, 207; Marcadé, sur l'art. 199, n° 3; Allemand, I, 434.

[35] L'art. 199 porte bien : « Si les époux ou l'un d'eux sont décédés *sans* « *avoir découvert la fraude* »; mais il est généralement reconnu que ces dernières expressions sont purement énonciatives. Le législateur, tout en supposant que, si les époux avaient eux-mêmes découvert la fraude, ils n'auraient pas manqué d'introduire l'action tendant au rétablissement de la preuve de la célébration, n'a cependant pas, pour l'hypothèse où ils seraient restés dans l'inaction, entendu refuser cette action, après leur décès, aux autres personnes intéressées à la former. On ne voit aucun motif de nature à justifier un pareil refus. Locré, sur l'art. 199. Delvincourt, I, p. 140. Duranton, II, 261. Vazeille, I, 207. Vallette, sur Proudhon, *loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.* Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 347. Demolombe, III, 413.

[36] Code d'instruction criminelle, art. 1. Vazeille, *loc. cit.* Valette, sur Proudhon, *loc. cit.* Marcadé, sur l'art. 199, n°s 2 et 4. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, *loc. cit.* Demolombe, III, 411.

[37] L'art. 200 est rédigé dans la supposition que le crime ou le délit a été commis par l'officier de l'état civil. Mais il s'applique également à l'action à diriger, le cas échéant, contre les héritiers de toute autre personne qui aurait altéré ou supprimé la preuve d'un mariage. Delvincourt, I, p. 140. Vazeille, I, 208. Duranton, II, 262. Marcadé, sur l'art. 200, n° 2.

[38] C'est ce qui ressort de la disposition formelle de l'art. 200,

Lorsque, dans l'un ou l'autre des cas ci-dessus indiqués, la preuve de la célébration du mariage ressort de la procédure, le juge saisi de l'action doit ordonner le rétablissement de l'acte altéré ou falsifié, soustrait ou supprimé; et l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil établit la preuve du mariage, à l'instar d'un acte de célébration inscrit à sa date sur ces registres [39]. Il en est ainsi, dans le cas même où les poursuites ont été dirigées d'office par le ministère public, du vivant des deux époux, sans provocation et sans intervention de leur part [40].

dont le but est d'empêcher toute connivence entre les héritiers poursuivis et les individus intéressés à se procurer la preuve de la célébration d'un mariage qui n'aurait jamais existé. Toullier, I, 600. Duranton, II, 262. Marcadé, sur l'art. 200, n° 1. Taulier, I, p. 326 et 327. Demolombe, III, 414. — M. Vazeille (*loc. cit.*) prétend, au contraire, mais sans raisons plausibles, que l'art. 200 a pour objet d'étendre, et non de restreindre les droits des parties intéressées, auxquelles cet auteur reconnaît la faculté d'agir directement et par elles-mêmes contre les héritiers de celui qui doit avoir altéré ou supprimé la preuve du mariage.

[39] L'art. 198 ne s'exprime pas d'une manière tout à fait exacte en disant que *l'inscription du jugement assure au mariage tous les effets civils.* Il est, en effet, bien évident que les parties intéressées à attaquer le mariage dont la preuve se trouve rapportée seraient, malgré ce jugement, admises à exercer l'action qui peut leur appartenir à raison de l'absence des conditions essentielles à l'existence du mariage, ou nécessaire à sa validité. Vazeille, I, 206. Demolombe, III. 418.

[40] Suivant Marcadé (sur l'art. 198, n° 1, et sur l'art. 199, n° 4) et M. Demolombe (III, 419), le jugement rendu au criminel, sur les poursuites du ministère public, en l'absence des époux, ne pourrait ni leur être opposé, ni être invoqué, soit par l'un contre l'autre, soit par les deux contre des tiers. Cette manière de voir est en opposition avec la théorie, qui paraît aujourd'hui généralement admise, de l'influence de la chose jugée au criminel sur les intérêts civils; théorie d'après laquelle il n'est pas permis de remettre en question, devant les tribunaux civils, l'existence d'un crime ou d'un délit à raison duquel une condamnation pénale a été prononcée. Cpr. § 769, texte n° 3. Elle est de plus, pour le cas de faux, incompatible avec les dispositions de l'art. 463 du Code d'instruction criminelle. En vain M. Demolombe dit-il que deux individus pourraient ainsi, par l'effet d'un jugement criminel, se trouver mariés d'office en quelque sorte, et peut-être à leur insu, puisque, en ordonnant

L'action civile ouverte par l'art. 200 paraît devoir être admise, non seulement au cas de décès textuellement prévu par cet article, mais dans toutes les hypothèses où, par un motif quelconque, il ne peut y avoir lieu à une poursuite criminelle ou correctionnelle. C'est ainsi que, lorsqu'une pareille poursuite est devenue impossible par suite de prescription, l'action civile dont s'agit n'en reste pas moins recevable, et peut même être dirigée contre l'auteur du fait par suite duquel la preuve du mariage a été altérée ou supprimée, mais à charge par les époux ou autres parties intéressées de se conformer pour son exercice aux dispositions de l'article précité [41].

le rétablissement de l'acte instrumentaire de célébration altéré ou supprimé, un pareil jugement ne prive pas les personnes qu'il indique comme époux du droit d'invoquer contre le mariage toutes les causes de non-existence ou de nullité qu'elles auraient à faire valoir. Cpr. la note précédente. L'opinion des auteurs que nous combattons conduirait d'ailleurs à ces singulières conséquences que, si le mari seul s'était constitué partie civile, il ne pourrait se prévaloir du jugement contre sa femme, et que le ministère public lui-même ne serait pas autorisé à l'opposer, pour poursuivre en bigamie les époux qui auraient contracté une nouvelle union. Voy. dans notre sens : Valette, sur Proudhon, II, p. 106, obs. II.

[41] Nous avions, dans nos précédentes éditions, émis une opinion contraire, en parlant de l'idée que l'action ouverte par l'art. 200 pour faire rétablir la preuve du mariage, altérée ou supprimée par un crime ou par un délit, est l'action civile naissant de ce crime ou de ce délit, et qui s'éteint par la même prescription que l'action publique. Cpr. Code d'instr. crim., art. 1 à 3, 637 et 638. Mais un nouvel examen de la question nous a conduits à penser que cette idée n'est point exacte. Les époux et autres parties intéressées doivent incontestablement avoir le droit de faire rétablir la preuve d'un mariage, altérée ou supprimée par un crime ou par un délit, et ce, même après la prescription de ce crime ou de ce délit. C'est aussi ce que paraît supposer l'art. 200 qui, en parlant d'une *action à diriger au civil*, entend bien moins parler de l'action en dommages-intérêts régie par les dispositions du Code d'instruction criminelle que d'une action en rétablissement de la preuve du mariage, qui ne tombe pas sous le coup de ces dispositions, notamment en ce qui concerne la prescription. Marcadé, sur l'art. 200, n° 2. Demolombe, III, 416. [MM. Planiol, I⁵, n° 884, Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *Des personnes*, II, n°s 1985 et suiv., répondent à cette argumentation que, même en écartant l'application de l'art. 200 dans l'hypothèse d'une prescription extinctive de l'action publique

4° Les dispositions des art. 198-200 s'appliquent également à l'hypothèse où l'acte de célébration a été inscrit sur une feuille volante. Art. 198 cbn. 52[42].

ou dans toute autre hypothèse analogue, il reste toujours, contrairement à ce qui vient d'être dit, aux parties victimes du crime ou du délit visés par les art. 198 et suiv., une ressource à l'effet de rétablir la preuve de leur mariage, à savoir celle d'agir en rectification de l'acte de l'état civil, conformément à l'art. 46, sans incriminer personne. — Nous répondrons à notre tour, non seulement que l'application de l'art. 46, dans les cas dans lesquels elle serait possible, en matière de mariage, suivant les distinctions qui ont été indiquées au § 64, texte et notes 3 à 8, présenterait des garanties bien inférieures à celles qui résulteraient de l'extension du système de l'art. 200 (c'est ce que reconnaissent eux-mêmes MM. Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *loc. cit.*, n° 1986) et comporterait, en conséquence, des effets beaucoup moindres (art. 1351, Cpr. § 452 *bis*, texte et note 40), mais surtout qu'il serait impossible d'y recourir, conformément à ce qui a été dit au § 64, texte et note 15, lorsque le délit consisterait dans l'inscription de l'acte de mariage sur feuille volante : les intéressés se trouveraient alors dans l'impossibilité absolue de rétablir la preuve de leur union, et cela nous parait inadmissible.]

[42] L'art. 192 du Code pénal ne prononçant qu'une peine correctionnelle contre l'officier d'état civil qui, au lieu d'inscrire sur les registres de l'état civil les actes de son ministère, les rédige sur des feuilles volantes, on peut se demander si la disposition de l'art. 198, dans lequel il n'est question que de *procédure criminelle*, est applicable à cette hypothèse. L'affirmative n'est pas, à notre avis, sérieusement contestable. Le projet présenté par la section de législation contenait deux dispositions ainsi conçues : « 1° S'il existe « un acte de célébration reçu par l'officier public, qui n'ait été « rédigé que sur une feuille volante, et qui ne soit pas inscrit sur « les registres de l'état civil, l'officier civil doit être poursuivi « criminellement, tant par les époux qu'il a trompés que par le « commissaire du gouvernement ; 2° si la preuve d'une célébration « légale de mariage se trouve acquise par le résultat de la procédure « criminelle, l'inscription, etc. » Dans la discussion au Conseil d'État, Thibaudeau fit observer que la première disposition se trouvait déjà dans le titre *Des actes de l'état civil*. Cpr. art. 52. En conséquence, lors de la revision définitive, la Section de législation supprima cette première disposition, généralisa la rédaction de la seconde, qui forme actuellement l'art. 198, de manière à la faire porter sur les deux hypothèses prévues par l'art. 52 : Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 410 et 411, art. 17 et 18, p. 422, n° 21. Il résulte de cet exposé qu'il existe une intime liaison entre les art. 52 et 198, et que le dernier de ces articles ne fait que développer les conséquences

Mais elles ne peuvent être étendues au cas où il n'a été dressé aucun acte de célébration [43].

III. — DES CONDITIONS DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

A. GÉNÉRALITÉS.

§ 453.

1. *Notion et division de ces conditions.*

Les conditions dont nous avons actuellement à nous occuper sont extrinsèques ou intrinsèques.

Les premières concernent les solennités qui doivent précéder et accompagner la célébration de l'union.

Parmi les secondes, les unes sont positives et se rapportent, soit à certaines qualités que doivent posséder les deux époux, soit à leur consentement et à celui des personnes sous l'autorité desquelles ils se trouvent placés. Les autres sont négatives et se rapportent à certaines causes qui forment obstacle au mariage. L'absence des conditions de la première espèce produisant en définitive le même

de l'action ouverte par le premier, à raison du crime et du délit qu'il prévoit. Cette interprétation, conforme aux explications données par Portalis, dans l'*Exposé des motifs* (Locré, *Lég.*, IV, p. 516, n° 54), doit souffrir d'autant moins de difficulté que les rédacteurs du Code Napoléon, ne connaissant point encore la nature de la peine que prononcerait le Code pénal en cas d'inscription de l'acte de célébration sur une feuille volante, ont dû employer, *lato sensu*, les expressions *procédure criminelle*, pour désigner toute procédure suivie devant un tribunal de justice répressive. Valette, sur Proudhon, II, p. 105, obs. I. Marcadé, sur l'art. 197, n°s 1 et 2. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 346. Demolombe, III, 409. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. IV, § 4, n° 5; Toullier, I, 600; Duranton, II, 261, Vazeille, I, 202.

[43] Une pareille omission, qui ne constitue pas une infraction prévue par la loi pénale, ne peut donner lieu à aucune poursuite, soit criminelle soit correctionnelle, contre l'officier de l'état civil. L'art. 198 se trouve dès lors inapplicable à cette hypothèse, dans laquelle les parties ont à se reprocher de n'avoir pas exigé l'accomplissement de la loi. Toullier, I, 599. Duranton, II, 259. Demolombe, III, 409.

effet que l'existence de celles de la seconde espèce, les unes et les autres se confondent dans l'idée commune d'empêchements de mariage [1].

Les solennités prescrites en matière de mariage ne sont pas toutes exigées à peine de nullité [2].

Un mariage célébré au mépris d'un empêchement établi par la loi n'est pas non plus toujours frappé de nullité. Les empêchements de mariage sont, ou simplement prohibitifs, ou dirimants. Ces derniers seuls entraînent la nullité du mariage. Les premiers, au contraire, n'ont, en général, d'autre effet que d'imposer à l'officier de l'état civil le devoir de ne point procéder à la célébration de l'union [3], et de donner à certaines personnes le droit de former opposition au mariage. En général, les empêchements dirimants sont en même temps prohibitifs, et produisent tous les effets attachés à cette dernière espèce d'empêchements.

Il est certains empêchements qui peuvent, pour des causes graves, être levés avant le mariage, au moyen de dispenses accordées à cet effet par le chef de l'État. Tel est, en premier lieu, l'empêchement établi par l'art. 144, à raison de l'âge des futurs époux. Art. 145. Telles sont, en second lieu, les prohibitions portées par l'art. 162, contre les mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, et

[1] Nous empruntons au Droit canon ces expressions qu'on ne retrouve pas textuellement dans le Code, mais qui expriment nettement une distinction que notre nouvelle législation a implicitement consacrée.

[2] Cpr. § 467. — Il est des solennités dont l'omission ne donne lieu qu'à une amende. Cpr. art. 192 et 193. Il en est d'autres dont l'inobservation n'est même réprimée par aucune peine. Cpr. art. 75 et 76.

[3] Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage. n° 4, quest. 3 sur l'art. 174. Toullier, I, 592. Duranton, II, 200. — Il est des cas où la loi soumet à des peines correctionnelles l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration d'un mariage auquel s'opposait un empêchement simplement prohibitif ou dirimant. Cpr. Code Napoléon, art. 156 et 157; Code pénal. art. 193 et 194. L'application de ces peines est, lorsqu'il s'agit d'un empêchement dirimant. indépendante de l'annulation du mariage. Code pénal, art. 195. Cpr. Turin, 6 avril 1808, Sir., 10, 2, 65.

par l'art. 163, contre les mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu[4]. Art. 164. Loi du 16 avril 1832[5].

§ 454.

2. *Des oppositions au mariage. — Du droit de former opposition à un mariage.*

Afin de prévenir tout abus dans l'exercice du droit d'opposition, le législateur a jugé convenable de ne l'accorder qu'à certaines personnes, et même de le limiter, pour quelques-unes d'entre elles, à certains cas spécialement déterminés[1].

Les personnes auxquelles la loi a conféré le droit d'opposition peuvent donc être rangées en deux classes. La première comprend celles qui en jouissent d'une manière absolue; la seconde, celles qui ne peuvent l'exercer que dans certaines limites.

1° Dans la première classe se trouvent les ascendants des futurs époux. Leur droit d'opposition est absolu, en ce sens qu'il n'est pas limité sous le rapport des causes en vertu desquelles il peut être exercé[2], et qu'il n'est soumis

[4] Cpr. sur les causes graves à faire valoir, et sur les forme à suivre pour l'obtention des dispenses : Arrêté du 20 prairial an XI; circulaires du ministre de la justice du 10 mai 1824 et du mois d'avril 1832 (Sir., 29, 2, 285, et 32, 2, 219, note 2.) [Nouvelles circulaires du ministre de la justice, du 11 nov. 1875 et de nov. 1904.] — Voy. aussi sur les pouvoirs concédés ou à concéder aux consuls résidant dans des pays situés au delà de l'Océan Atlantique, d'accorder dispenses au nom du chef de l'État : ordonnance du 23 octobre 1833, art. 18.

[5] Cpr. sur le mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce : § 464, texte n° 5.

[1] *Exposé de motifs*, par Portalis, *Rapport* de Gillet, et *Discours* de Bouteville. Locré, *Lég.*, IV, p. 500, n° 33, p. 534 à 536, n°s 10 et 11, p. 557, n° 13. — La plupart des auteurs trouvent que le droit d'opposition a été renfermé dans des limites trop étroites. Cpr. Delvincourt, I, p. 120; Toullier, I, 581; Duranton, II, 192; Vazeille, I, 163, 165 et 168; Demolombe, III, 136; Zachariæ, § 459, note 1re.

[2] *Exposé des motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 501, n° 36). — Aussi les ascendants ne sont-ils pas tenus d'indiquer, dans l'acte

à aucune autre condition qu'à celle qui résulte de l'ordre successif que la loi a établi pour son exercice[3].

Les ascendants ne jouissent, en effet, que graduellement, et non concurremment, du droit d'opposition que la loi leur accorde. Le père est appelé à l'exercer en première ligne, à l'exclusion de tout autre ascendant. [Même dans le cas où la séparation de corps ou le divorce a été prononcé au profit de la mère et où la garde de l'enfant lui a été confiée, le père conserve le droit de faire opposition au mariage de l'enfant, bien que son consentement ne soit pas nécessaire pour sa validité. Art. 152 (Lois du 20 juin 1896 et du 21 juin 1907) [3 *bis*]. A défaut du père, c'est-à-dire s'il est décédé, ou s'il se trouve dans l'impossibilité physique, morale, ou légale, de manifester sa volonté[4], le droit d'opposition passe à la mère[5]. A défaut de la mère, il se partage entre les aïeuls et aïeules, qui en jouissent par concurrence, avec cette restriction toute-

qui renferme leur opposition, le motif sur lequel elle est fondée. Cpr. art. 166.

[3] Ainsi, par exemple, le droit d'opposition est indépendant de l'âge des futurs époux. Art. 173.

[[3] *bis*. Le droit de faire opposition au mariage est certainement distinct de celui de demander la nullité, d'abord en ce sens que le droit de faire opposition n'entraîne pas nécessairement celui de demander la nullité (art. 174 et 187, pour les collatéraux), puis et réciproquement, en cet autre sens, que le droit de demander la nullité n'entraîne pas nécessairement celui de faire opposition (Cpr. art. 173, et § 454, notes 4 à 7, sur le caractère *successif* du droit pour les ascendants de faire opposition, et § 461, note 19, sur le caractère *collectif* du droit pour les ascendants de demander la nullité), sauf en ce qui concerne le ministère public, à cause du caractère tout spécial de son intervention. Cpr. § 454, note 27 *in fine*. — Dès lors, le droit de faire opposition n'est pas moins distinct de celui de consentir au mariage. Celui-ci peut disparaître, sans qu'il en soit de même de celui-là. Amiens, 23 octobre 1901, Sir. 1906, 2, 205].

[4] Arg. art. 149 et 150. Locré, sur l'art. 173. Toullier, I, 584.

[5] Tant que le père est en vie et capable de manifester sa volonté, l'opposition de la mère n'est donc pas recevable. Cpr. § 465, note 23; Demolombe, III, 140. [Et cela reste vrai, même à supposer que la mère n'ait pas été consultée. Planiol, I[5], n° 804 et Agen (motifs), 24 octobre 1888. Sir., 1892, 2, 310 qui ne statue d'ailleurs que sur le droit d'opposition de l'aïeule, mais la raison de décider est la même pour la mère.]

fois, que les aïeules ne sont admises à l'exercer qu'à défaut d'aïeuls dans la ligne à laquelle elles appartiennent[6]. Art. 173 [[6] *bis*]. Enfin, à défaut d'aïeuls ou d'aïeules, le droit d'opposition passe aux bisaïeuls et bisaïeules. Arg. art. 174[7].

Quoique les ascendants jouissent d'un droit d'opposition illimité sous le rapport des causes en vertu desquelles ce droit peut être exercé, et qu'ainsi ils soient recevables à

[6] C'est ce qui résulte, sinon de la lettre, du moins de l'esprit de l'art. 173. Il n'existe, en effet, aucune raison pour établir entre l'aïeul et l'aïeule d'une même ligne un concours qui n'est pas admis entre le père et la mère. Un changement de rédaction, dont le but était de proscrire ce concours, avait été arrêté au Conseil d'État. Voy. Locré, *Lég.*, IV, p. 357 et 358, n° 26. Mais la nouvelle rédaction avait un autre inconvénient, en ce qu'elle semblait refuser à l'aïeule d'une ligne le droit de concours avec l'aïeule de l'autre ligne. C'est probablement pour cette raison qu'elle n'a pas passé dans le Code. Locré sur l'art. 173. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 3, sur l'art. 173. Delvincourt, I, p. 119. Marcadé, sur l'art. 173, n° 1. Demolombe, III, 140.

[[6] *bis*. Nous maintenons le droit exclusif de la mère à faire opposition au mariage de l'enfant, à défaut du père, conformément à l'ancien texte de l'art. 173. Nous n'admettons pas, dans ce cas, le concours des aïeuls et aïeules avec la mère, comme le nouveau texte de l'art. 173 (loi du 21 juin 1907, art. 20) semblerait l'impliquer. M. Planiol est d'un avis contraire (I[6], n° 805, note). Il paraît certain que le législateur de 1907 n'a attaché aucune signification à cette abréviation de l'ancien texte. M. Planiol avoue lui-même que la réforme qu'il pense que le texte nouveau consacre est une réforme involontaire, due à une inadvertance du législateur. Cela nous paraît décisif contre l'opinion même qu'il défend. Nous ajouterons qu'à prendre ainsi à la lettre le texte nouveau de l'art. 173, il faut, à supposer qu'on admette que la formule qu'il emploie suffit pour conférer le droit d'opposition aux bisaïeuls et bisaïeules, qu'il ne nomme pas, aussi bien qu'aux aïeuls et aïeules, qu'il nomme seuls, aller jusqu'à permettre le concours des bisaïeuls et bisaïeules avec la mère, ce qui implique nécessairement le concours des bisaïeuls et bisaïeules avec les aïeuls et aïeules. Le caractère successif du droit d'opposition disparaît ainsi complètement. Il est remplacé par un caractère collectif. C'est toute l'économie du système d'opposition des ascendants qui se trouve modifiée sans que le législateur l'ait réellement voulu. Nous avons peine à souscrire à de pareilles conséquences. Cpr. § 462, note 66 *infrà*.]

[7] Cpr. § 462, note 33.

s'opposer au mariage de leurs descendants, malgré l'absence de tout empêchement, dirimant ou prohibitif, de nature à y former obstacle, leur opposition ne peut cependant être maintenue par les tribunaux que lorsqu'elle est fondée sur un empêchement légal dont ils rapportent la preuve[8].

2° Dans la seconde classe, il faut ranger :

a. Les frères et sœurs, oncles et tantes, cousins et cousines germains des futurs époux. Le droit d'opposition, que la loi n'accorde à ses collatéraux qu'autant qu'ils sont majeurs[9], et qu'à défaut d'ascendant[10], est en outre limité aux deux cas suivants :

[8] Cette proposition n'est pas contradictoire dans ses différentes parties. En disant que l'opposition formée par un ascendant ne peut être maintenue qu'autant qu'elle s'appuie sur un empêchement légal, nous ne restreignons pas l'exercice de la faculté illimitée accordée aux ascendants de faire opposition au mariage de leurs descendants. En vain dirait-on que, dans ce système, cette faculté serait illusoire, ou du moins bien insignifiante. En effet, l'opposition donnera à l'ascendant le moyen de gagner du temps, afin de ramener par des conseils salutaires l'enfant qui voudrait contracter un mariage inconsidéré. *Exposé des motifs* par Portalis, et *Rapport fait au Tribunat*, par Gillet (Locré, *Lég.*, IV, p. 501, n° 36, p. 534, n° 10). Locré, II, 162. Merlin. *op. et v° citt.*, n° 4, quest. 4 sur l'art. 173. Duranton, II, 191 et 192. Vazeille, I, 159. Magnin, *Des minorités*, I, 153. Favard, *Rép.*, v° Mariage, sect. I, § 1. Valette, sur Proudhon, I, p. 421, note *a*, II. Duvergier, sur Toullier, I, 584, note *a*. Taulier, I, p. 290. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 294. Marcadé, sur l'art. 173, n° 2. Demolombe, III, 140. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 171. Demante, *Cours*, I, 246 *bis*, I, Glasson, n° 137. Zachariæ, § 459, texte et note 6, et § 467, texte et note 8. Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 7, 2, 1050. Bruxelles, 17 janvier 1809, Sir., 9, 2, 268. Civ. cass., 7 novembre 1814, Sir., 15, 1, 245. Caen, 19 mars 1839, Sir., 39, 2, 275. Montpellier, 12 août 1839, Sir., 39, 2, 540. Pau, 18 juin 1867, Sir., 68, 2, 181. [Cass., 30 juin 1879, Sir., 1879, 1, 416]. Voy. en sens contraire, Delvincourt, p. 121; Allemand, I, 279 et 280; Caen, 9 juin 1812, Sir., 13, 2, 377 ; Bourges, 30 mars 1813, Sir., 13, 2, 169. Cpr. Caen, 20 novembre 1839, Sir., 39, 2, 198.

[9] Ainsi, les tuteurs des collatéraux dénommés en l'art. 174 ne peuvent exercer, au nom de ces derniers, le droit d'opposition établi par cet article. *Non obstat*, art. 175 : Cpr. note 20 *infrà*, Demolombe, III, 143.

[10] Cpr. art. 149, 150 et 160; texte, note 4 et 5 *suprà*. Duranton. II, 195.

Lorsque le futur époux est en état de minorité, et n'a point obtenu du conseil de famille le consentement requis par l'art. 160.

Lorsque le futur époux se trouve dans un état habituel de fureur, de démence, ou d'imbécillité[11]. Encore, l'opposition contre laquelle une demande en mainlevée a été formée, ne peut-elle être maintenue, si l'interdiction n'a pas été antérieurement prononcée[12], qu'à la charge par l'opposant de la provoquer[13], et d'y faire statuer dans le délai qui doit être fixé à cet effet[14]. Les juges sont même autorisés, quand l'allégation de démence leur paraît évidemment dénuée de fondement, à donner immédiatement mainlevée pure et simple de l'opposition[15]. Art. 174. Tou-

[11] L'art. 174 emploie le mot *démence* dans un sens général. Ce mot s'applique donc non seulement à la démence proprement dite, mais encore à la fureur et à l'imbécillité. Arg. art. 174 cbn. 489. Delvincourt, I, p. 120. Demolombe, III, 146.

[12] Les personnes indiquées en l'art. 174 étant autorisées à former opposition au mariage à raison de l'état de démence du futur époux, quoique son interdiction n'ait point encore été prononcée, et à charge seulement de la provoquer, à plus forte raison doivent-elles y être admises, lorsque l'état de démence se trouve déjà constaté par une interdiction antérieure. Merlin *Rép.*, v° Mariage, sect. XI, § 2. Demolombe, III, 184, 4°. Zachariæ, § 459, note 16.

[13] Il n'est donc pas nécessaire que la demande en interdiction soit formée concurremment avec l'opposition; il suffit qu'elle suive immédiatement la demande en mainlevée d'opposition. Tel est le véritable sens de l'art. 174. Duranton, II, 196. Demolombe, *loc. cit.* — Du reste, la demande en interdiction doit être introduite, instruite et jugée suivant les formes ordinaires. Voy. art. 492 et suiv. Cpr. Colmar, 15 décembre 1810, Sir., 11, 28, 2, 93.

[14] Cpr. Lyon, 24 janvier 1828, Sir., 2, 237.

[15] Voy. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 358, n° 25). Merlin, *op. cit. et v° citt.*, n° 4, quest. 5 sur l'art. 174. Toullier, I, 585. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 450, texte et note 12. Paris, 29 messidor AN XII, Sir., 4, 2, 172. [Il est d'ailleurs bien entendu que les juges peuvent donner mainlevée pure et simple de l'opposition fondée sur la démence du futur époux, alors même que l'opposant s'engagerait à provoquer l'interdiction et demanderait un sursis à la mainlevée de cet effet. L'appréciation du juge du fait, quant à la vraisemblance de la démence et quant au bien-fondé de l'opposition, est souveraine. Cass., 30 juin 1879. Sir., 1879, 1, 416, Cass. 28 août 1872, Sir., 1872, 1, 329.] — Les juges jouissent du pouvoir discrétionnaire que leur attribue l'art. 174, dans le cas même où l'opposition,

tefois, le jugement de mainlevée ne peut, même dans ce cas, être rendu qu'en présence de l'opposant, ou celui-ci dûment appelé; et ce jugement est toujours susceptible d'appel[16]. Du reste, que l'interdiction soit antérieure ou

fondée sur la démence du futur époux, a été formée par un ascendant de ce dernier. Duvergier, sur Toullier, I, n° 585, p. 344, note *a*. Allemand, I, 283. Demolombe, III, 141. Req. rej., 6 janvier 1829, Sir., 30, 1, 103. Caen, 12 octobre 1857, Sir., 58, 2, 394. Pau, 18 juin 1867, Sir., 68, 2, 181. Voy. en sens contraire : Merlin, *op. et v° citt.*, quest. 6 sur l'art. 174; Zachariæ, § 459, note 12, *in fine*; Bruxelles, 15 décembre 1812, Sir., 13, 2, 238. [Il est à peine besoin d'ajouter que, pour le cas où l'instance en interdiction serait déjà engagée à la date à laquelle serait formée l'opposition de l'ascendant ou du collatéral, le tribunal saisi de la demande en mainlevée aurait encore le pouvoir discrétionnaire de maintenir l'opposition. Cela n'est pas douteux pour l'opposition du collatéral, et ne saurait l'être davantage, *a fortiori*, pour celle de l'ascendant. La Cour de Paris (6 déc. 1899, Sir., 1901, 2, 140) paraît être allée encore plus loin, pour le cas où l'instance en interdiction aurait été, non seulement engagée, mais encore poussée assez loin pour que le conseil de famille se fût déjà prononcé sur l'état mental du futur époux, conformément à l'art. 494, et se fût prononcé en faveur de l'interdiction. L'arrêt de la Cour de Paris, d'ailleurs très sommairement motivé, paraît admettre, en repoussant la demande en mainlevée formée par le futur époux contre l'opposant, son ascendant, que le rejet de la demande en mainlevée est ici de droit, et ne dépend pas du pouvoir discrétionnaire du tribunal. C'est là, nous semble-t-il, anticiper sur les effets du jugement d'interdiction à intervenir et sur l'empêchement prohibitif qui en résultera (Cpr. sur cet empêchement prohibitif § 464, note 6), et cela est d'autant plus grave qu'il s'agit d'un jugement constitutif de l'état des personnes auquel ne saurait s'appliquer, même après qu'il aura été rendu, la fiction de rétroactivité qui s'applique aux jugements déclaratifs de droits en général. Nous ne pensons pas qu'on puisse aller aussi loin, et nous préférons nous en tenir à la doctrine plus sûre du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Nous ajouterons d'ailleurs que nous n'admettrions, ni en ce qui concerne l'application de cette doctrine, ni en ce qui concerne l'application de la doctrine toute différente de la Cour de Paris dans l'arrêt du 6 déc. 1899, une distinction à laquelle on pourrait songer, celle du cas où l'instance en interdiction, déjà engagée à la date de l'opposition, l'aurait été par l'opposant lui-même, ascendant ou collatéral, et du cas où cette instance aurait été engagée par l'une quelconque des personnes recevables à provoquer l'interdiction, aux termes des art. 490 et 491.]

[16] Les propositions contraires du Tribunat n'ont pas été admises. Voy. Locré, *Lég.*, IV, p. 454, n° 11. Demolombe et Zachariæ, *loc. citt.*

postérieure à l'opposition, le consentement que le conseil de famille donnerait au mariage de l'interdit devrait, ce semble, avoir pour résultat de la faire écarter[17].

Les collatéraux dénommés en l'art. 174 jouissent individuellement et concurremment[18] du droit de s'opposer au mariage de leur parent qui se trouve en état de démence, ou qui n'a point obtenu du conseil de famille le consentement exigé par la loi[19].

b. Le tuteur ou curateur du futur époux[20]. Il ne jouit du droit d'opposition qu'à défaut d'ascendant, et dans les deux cas ci-dessus développés. Il ne peut même l'exercer qu'avec l'autorisation du conseil de famille[21]. Art. 175.

[17] Le rapprochement de l'art. 175 et du n° 2 de l'art. 174 prouve que le législateur n'a pas considéré l'interdiction comme un obstacle invincible au mariage, et qu'il a entendu laisser, à cet égard, au conseil de famille, un certain pouvoir d'appréciation, puisque le tuteur de l'interdit n'est admis à former opposition au mariage de ce dernier qu'avec l'autorisation de ce conseil. D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que si les collatéraux désignés en l'art. 175 jouissent individuellement du droit d'opposition, il leur est cependant bien moins accordé dans leur intérêt personnel que dans celui de l'interdit; et dès lors il serait peu rationnel d'admettre que la volonté, peut-être capricieuse ou même malveillante d'un seul collatéral, l'emportât sur le sentiment du conseil de famille, gardien légal des intérêts de l'interdit.

[18] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 358, n° 28). Demolombe, III, 143.

[19] Les collatéraux du futur époux qui ne se trouve dans aucun des cas prévus par l'art. 174 ne peuvent s'opposer à son mariage, sous prétexte que la personne avec laquelle il se propose de se marier est en état de démence, ou n'a pas obtenu du conseil de famille le consentement qui lui est nécessaire. Arg. art. 174, n° 2, cbn. 490. Demolombe, III, 150, Zachariæ, §459, note 8, *in fine*.

[20] Le Tribunat, sur la demande duquel l'art. 175 a été ajouté, disait à l'appui de sa proposition : « Il a paru convenable que, dans « les deux cas prévus par l'art. 184, le tuteur et le curateur puissent « former opposition au mariage de ceux dont la personne est confiée « à leur surveillance. » Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 453, n° 9. — Merlin (*op. et v° citt.*, n° 4 quest. 4, sur les art. 174 et 175) est donc évidemment tombé dans l'erreur, en appliquant les dispositions de l'art. 175 aux tuteurs et curateurs des collatéraux dénommés en l'art. 174. Zachariæ, § 459, note 13.

[21] M. Duranton (II, 199) prétend que le tuteur d'un interdit peut former opposition au mariage de ce dernier, sans autorisation du

c. La personne engagée avec l'un des futurs époux dans les liens d'un mariage civilement contracté[22], et non encore dissous [[22] *bis*]. Elle jouit du droit d'opposition concurremment avec les ascendants, mais à charge de rapporter la preuve de la célébration du mariage. Art. 172, cbn. 194.

Les dispositions des art. 172 à 175 ayant été rédigées dans l'intention de limiter à certaines personnes le droit de s'opposer au mariage[23], ce droit doit être dénié à toute personne privée qui n'en a pas été expressément investie[24].

Ainsi, il ne compète, ni aux descendants des futurs époux [[24] *bis*], ni à des collatéraux autres que ceux qui sont désignés en l'art. 174[25], ni enfin, à la personne à laquelle l'un des futurs époux aurait fait une promesse de mariage[26].

conseil de famille. Mais cette opinion est manifestement contraire au texte de l'art. 175. Demolombe, III, 148.

[22] Ainsi, l'existence d'une union contractée devant un prêtre ne donnerait aucun droit d'opposition à la personne qui ne serait pas civilement mariée avec le futur époux. Demolombe, III, 139. Zachariæ, § 459, note 14. Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., 9, 2, 289. Civ. cass., 16 octobre 1809, Sir., 10, 1, 60.

[[22] *bis* L'époux régulièrement divorcé ne pourrait évidemment pas faire opposition au nouveau mariage de son ancien conjoint. Cass., 14 avril 1902, Sir., 1903, 1, 121. — Cpr. § 461, note 16 *bis*.]

[23] Voy. les autorités citées à la note 1, *suprà*.

[24] Merlin, *Rép.* v° *cit.*, n° 4, quest. 1 sur l'art. 174. Demolombe, III, 150. Zachariæ, § 459, texte et note 2.

[[24] *bis* Alors même qu'ils auraient déjà introduit contre l'ascendant une demande d'interdiction pour cause de démence. Ils ont qualité pour provoquer l'interdiction, ils n'ont pas qualité pour faire opposition. Les deux droits sont distincts. Cass., 28 août 1872. Sir., 1872, 1, 329. — Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II, n° 1646.]

[25] Proudhon, I, p. 423. Delvincourt, I, p. 120. Toullier, I, 585. Duranton, II, 193, note 2. Vazeille, I, 165. Demolombe, III, 144. Zachariæ, § 459, texte et note 8. Bruxelles, 22 avril 1806, Sir., 6, 2, 157. Aix, 16 mars 1813, Sir., 14, 2, 10. Nîmes, 13 août 1823, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 258. Toulouse, 9 janvier 1839, Sir., 39, 2, 274. Lyon, 11 décembre 1850, Sir., 51, 2, 189.

[26] L'auteur d'une pareille promesse ne peut, en effet, être contraint à l'accomplir. Tous les interprètes sont d'accord sur ce point. Mais ils sont partagés sur la question de savoir si une promesse de mariage engendre une obligation susceptible de se convertir en

Quant au ministère public, il est admis, bien que la loi ne lui en ait pas expressément accordé le droit, à former

dommages-intérêts, dans le cas où elle ne serait pas accomplie. Cpr. art. 1142. — Toullier, VI, 193 à 202; Merlin, *Rép.*, v° Peine contractuelle, § 3, n° 3; et Zachariæ, § 457, texte et note 5, adoptent l'affirmative d'une manière absolue. Ils enseignent, en conséquence, que les dommages-intérêts doivent comprendre non seulement le *damnum emergens*, mais encore le *lucrum cessans*, art. 1149, et que la clause pénale ajoutée à une promesse de mariage doit sortir son plein et entier effet. Voy. aussi dans ce sens : Nîmes, 6 août 1806, Sir., 6, 2, 476; Trèves, 5 février 1808, Sir., 8, 2, 169; Rouen, 28 février 1815, Sir., 15, 2, 224. — Delvincourt, I, p. 127; Maleville, sur l'art. 172; Duranton, II, 187; X, 319 à 321 et 369 : Vazeille, I, 145 à 152; Favard, *Rép.*, v° Obligation, sect. II, n° 2; MM. Demolombe, III, 28 à 32, et Glasson, n° 96, enseignent, au contraire, que les promesses de mariage sont nulles en elles-mêmes, et que, dès lors, leur inexécution ne peut donner lieu à l'application des art. 1142 et 1149, ni faire encourir les peines qui y auraient été stipulées. Cpr. art. 1227. — Nous nous rangeons à cette dernière opinion, qui nous paraît la seule conciliable avec le principe que le consentement ne peut, en matière de mariage, être donné qu'au moment même de la célébration, et doit être, à ce moment, dégagé de toute espèce de contrainte. Il est d'ailleurs bien entendu que, si l'exécution d'une promesse de mariage ne constitue pas une faute contractuelle, qui autorise la personne à laquelle cette promesse a été faite à réclamer, soit la peine stipulée, soit des dommages-intérêts évalués d'après le bénéfice dont elle a été privée (*lucrum cessans*), le refus d'exécuter une semblable promesse peut, suivant les circonstances, dégénérer en un fait dommageable et donner ainsi à la partie lésée le droit de demander, en vertu de l'art. 1382, la réparation du préjudice matériel ou moral qu'elle a réellement éprouvé (*damnum emergens*) soit par suite des dépenses qu'elle a faites, soit à raison de l'atteinte portée à sa réputation. C'est aussi dans ce sens que la jurisprudence est définitivement fixée. Voy. Turin, 14 floréal an XIII, Sir., 6, 2, 5; Amiens, 30 mai 1812, Sir., 14, 2, 19; Req. rej., 17 août 1814, Sir., 15, 1, 18; Civ. rej. 21 décembre 1814, Sir., 15, 1, 159; Colmar, 18 juin 1818, Sir., 19, 2, 108; Req. rej., 6 juin 1821, Sir., 23, 1, 41; Req. rej., 27 juin 1833, Sir., 33, 1, 548; Poitiers, 29 mai 1834, Sir., 34, 2, 354; Chambres réunies, rej., 7 mai 1836, Sir., 36, 1, 574; Civ. rej., 30 mai 1838, Sir., 38, 1, 492; Civ. cass., 11 juin 1838, Sir., 38, 1, 494. Req. rej., 26 mars 1845, Sir., 45, 1, 539; Bordeaux, 23 novembre 1852, Sir., 53, 2, 245; Douai, 3 décembre 1853, Sir., 54, 2, 1953; Nîmes, 2 janvier 1855, Sir., 55, 2, 38; [Cass., 12 novembre 1901, Sir., 1902, 1, 237.] Cpr. encore sur cette matière les arrêts suivants qui ne décident pas explicitement la question dont s'agit : Colmar, 24 mars 1813, Sir., 14, 2, 2; Colmar, 13 avril 1818, Sir., 18,

opposition à tout mariage dont il pourrait demander la nullité, s'il avait été célébré[27].

2, 268; Bastia, 3 février 1834, Sir., 34, 2, 355; Req. rej., 5 mars 1838, Sir., 38, 1, 287. — *Quid*, si la promesse de mariage a été suivie de séduction et de grossesse? Voy. § 569. [Il résulte d'ailleurs de cette jurisprudence que les dommages-intérêts sont dus non seulement dans le cas où une promesse formelle de mariage a été faite par celle des parties qui se dérobe à l'autre, mais même dans le cas où aucune promesse de ce genre n'a été faite, et où cependant les éléments du délit civil de l'art. 1382 se trouvent réunis en fait. Voy. Rennes, 18 juillet 1906, Dall., 1907, 2, 70, et la note.]

[27] En effet, le droit accordé au ministère public de provoquer l'annulation de certains mariages emporte virtuellement pour lui le droit de former opposition à leur célébration. C'est le cas d'appliquer ici le principe *Qui peut le plus, peut le moins*, et la maxime *Melius est causam intectam servare, quam vulnerata causa remedium quærere*. On a dit, à la vérité, pour repousser cet argument *a fortiori*, que l'action en nullité ne cause aucun préjudice aux parties, si elle est mal fondée, tandis qu'il en est autrement de l'opposition dont l'effet est toujours de retarder le mariage. Mais on a oublié, en proposant cette objection, que toute opposition, eût-elle été formée par une personne qui n'avait pas qualité pour la faire, n'en a pas moins pour conséquence d'arrêter le mariage, tant qu'elle n'a pas été levée; qu'ainsi la crainte de voir retarder le mariage par une opposition mal fondée que formerait le ministère public ne pouvait être pour le législateur un motif suffisant de lui refuser, dans l'hypothèse dont s'agit, le droit d'opposition. L'objection, d'ailleurs, perd toute sa force, quand on met en balance la possibilité du préjudice qu'éprouveraient les parties par un simple retard apporté à leur union, et l'immense intérêt qu'il y a pour les époux eux-mêmes et pour la société, d'empêcher un mariage qui pourrait et qui devrait être immédiatement annulé. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 120 et 128; Proudhon, I, p. 420; Duranton, II, 201 et 345; Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 169; Req. rej., 2 décembre 1851, Sir., 52, 1, 54; Civ. cass., 21 mai 1856, Sir., 57, 1, 111. [Req. rej., 28 nov. 1877. Sir., 1878, 1, 337. Grenoble, 14 janvier 1889, Dall., 1890, 2, 193 (note de M. Flurer). MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II, n° 1647, font remarquer, il est vrai, que le droit de demander la nullité du mariage n'entraîne pas nécessairement celui de faire opposition à la célébration, puisque des collatéraux, qui peuvent demander cette nullité, quelle qu'en soit la cause, lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel (art. 187 et § 461 texte et note 22) ne peuvent faire opposition à la célébration que dans les cas très restreints que détermine limitativement l'art. 174. Pourquoi donc, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, si le droit de demander la nullité et le droit de

faire opposition sont distincts dans la personne des collatéraux, le premier de ces droits entraînerait-il l'autre, au profit du ministère public? Nous répondrons à cette argumentation qu'on peut comprendre, en ce qui concerne les collatéraux, que le droit d'agir en nullité n'entraîne pas nécessairement le droit de faire opposition, mais qu'il n'en est pas de même du droit d'agir en nullité qui appartient au ministère public. En effet, la condition d'intérêt pécuniaire, à laquelle l'art. 187 surbordonne l'action en nullité des collatéraux, implique une limitation de leur droit d'agir en nullité qui exclut précisément, en ce qui les concerne, le lien que MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade nous reprochent d'établir, au profit du ministère public, entre le droit d'agir en nullité et le droit de faire opposition. Nous reconnaissons volontiers que ce sont là, pour les collatéraux, deux droits différents, limités, dans des conditions d'ailleurs différentes pour l'un et pour l'autre, par les art. 174 et 187, et sans rapport, en tout cas, l'un avec l'autre. Nous irons même plus loin que MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. Nous admettons que le droit de faire opposition et le droit de demander la nullité restent deux droits distincts, non seulement pour les collatéraux, à cause du caractère pécuniaire de l'intérêt auquel la loi subordonne l'exercice de leur action en nullité, mais encore pour les ascendants eux-mêmes, malgré le caractère plus élevé de l'intérêt qui leur permet d'agir en nullité : la réglementation de leur droit de faire opposition et celle de leur droit de demander la nullité sont en effet différentes (Cpr. § 454, note 3 *bis*), ce qui implique évidemment que les deux droits, même pour les ascendants, ne se confondent pas. Mais le droit d'agir en nullité qui appartient au ministère public présente un caractère tout à fait à part. Il ne ressemble ni à celui des collatéraux, ni même à celui des ascendants. Il est fondé sur l'intérêt public : il n'est pas limité dans son exercice comme celui des collatéraux, et rien dès lors n'empêche qu'il implique, au profit du ministère public, conformément à la maxime *Qui peut le plus, peut le moins*, le droit préventif de faire opposition à la célébration.] — Deux autres opinions se sont formées sur la question. Suivant la première, qui se trouve déjà réfutée par les observations précédentes, le droit d'opposition n'appartiendrait jamais au ministère public. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 3, sur l'art. 174; Toullier, I, 591 et 592; Ortolan et Ledeau, *Du ministère public*, I. liv. II, tit. I, chap. IV, n° 1; Zachariæ, § 459, note 2; Paris, 26 avril 1833, Sir., 33, 2, 286. D'après la seconde, le ministère public pourrait exercer le droit d'opposition toutes les fois que l'empêchement qu'il invoque, dirimant ou simplement prohibitif, est fondé sur une loi d'intérêt général et d'ordre public. Voy. en ce sens : Valette, sur Proudhon, I, p. 420, note *a*; Demolombe, III, 151, Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., 9, 2, 399; Limoges, 17 janvier 1846, Sir., 46, 2, 97. Cette opinion, à l'appui de laquelle on invoque l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, nous paraît donner une interprétation beaucoup trop large à la

Du reste, il est libre à toute personne[28], il est même du devoir du ministère public, de dénoncer à l'officier de l'état civil les empêchements légaux qui s'opposent à un mariage[29]. Ce fonctionnaire est, en pareil cas, tenu, sous sa responsabilité personnelle, de vérifier l'exactitude de la dénonciation, et de refuser, s'il y a lieu, de procéder à la célébration, sauf aux parties intéressées à l'y faire contraindre par justice, si elles s'y croient fondées.

partie de cet article qui charge le ministère public de poursuivre d'office l'exécution des lois, des arrêts et des jugements dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. Il résulte, en effet, de la première proposition du même article, qui limite implicitement l'action d'office du ministère public en matière civile, aux cas spécifiés par la loi, que le législateur n'a entendu parler, dans la dernière proposition ci-dessus rappelée, que des mesures d'exécution à prendre par le ministère public, en dehors de tout débat judiciaire. L'interprétation que nous combattons conduirait à dire que le législateur, après avoir restreint l'action d'office du ministère public aux cas spécifiés par la loi, l'aurait ensuite étendue à tous ceux dans lesquels l'ordre public se trouve intéressé, et à établir ainsi une opposition manifeste entre les deux parties de l'art. 46. Vainement chercherait-on à écarter cette contradiction en disant que la première partie ne concerne que les hypothèses où l'intérêt public n'est pas engagé, puisque la généralité de la règle qui s'y trouve posée est exclusive de toute distinction, et que d'ailleurs le droit d'action accordé au ministère public en matière civile est toujours fondé sur des considérations plus ou moins graves d'ordre public. Nous ajouterons que notre explication est conforme à celle qu'a donnée la Cour de cassation, à l'occasion de la question de savoir si le ministère public est autorisé à attaquer un jugement qui, selon lui, aurait mal à propos annulé un mariage. Cpr. § 458, texte et note 6.

[28] Cpr. Duranton, II, 200; Zachariæ, § 459, texte et note 3; et les auteurs cités à la note suivante.

[29] Le ministère public est, en effet, chargé de surveiller l'exécution des lois, et de la poursuivre d'office quant aux dispositions qui intéressent l'ordre public. Loi du 20 avril 1810, art. 46. Le ministère public, sous l'autorité duquel se trouvent placés les officiers de l'état civil, aura donc toujours les moyens d'empêcher la célébration d'un mariage auquel s'opposerait une empêchement légal. Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 3, sur l'art. 174. Toullier, I, 592. Cpr. § 453, texte et note 3.

§ 455.

Continuation. — De la manière dont l'opposition doit être formée.

L'opposition est recevable jusqu'au moment de la célébration[1]. Elle se forme par acte extrajudiciaire[2]. L'acte d'opposition doit, à peine de nullité[3], être signé, sur l'original et sur la copie, par l'opposant[4], ou par son fondé de procuration spéciale et authentique, et signifié par ministère d'huissier, tant à la personne ou au domicile de chacun des futurs époux[5], qu'à l'officier de l'état civil, soit de la commune où le mariage devra être célébré, soit de l'une des communes où les publications ont été faites[6]. Ce fonctionnaire vise l'original de l'acte d'opposition. Art. 66.

L'acte d'opposition doit, à peine de nullité et d'interdiction de l'huissier qui l'aurait signifié, contenir : 1° l'énon-

[1] Vazeille, I, 177. Demolombe, III, 162. Zachariæ, § 460, note 1re.

[2] Cpr. cep. Montpellier, 12 août 1839, Sir., 39, 2, 540. Cet arrêt juge que l'opposition déclarée verbalement par le père de l'un des futurs, au moment de la célébration, et reçue par l'officier de l'état civil, forme obstacle au mariage, tant qu'elle n'est pas levée. Cette décision n'est pas sans difficulté. En tout cas, elle ne saurait être admise en dehors des circonstances toutes particulières dans lesquelles elle a été rendue.

[3] La nullité résulte virtuellement de l'esprit de la loi et du rapprochement des art. 66 et 176. Marcadé, sur l'art. 176, n° 2. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 167. Demolombe, III, 154. Liège, 24 octobre 1812; Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 193. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 171; Coin-Delisle, *Des actes de l'état civil*, sur l'art. 66, n° 2; Taulier, I, p. 295.

[4] L'opposant qui ne saurait pas signer devrait constituer, par acte notarié, un mandataire chargé de remplir en son nom cette formalité.

[5] Cpr. Delvincourt, sur l'art. 66; Duranton, II, 209; Vazeille, I, 171.

[6] Arg. art. 66, 67, 69 et 76 nos 6 et 7. Proudhon, I, p. 424. Duranton, II, 210. Demolombe, III, 120. Zachariæ, § 460, texte et note 4, Cpr. Vazeille, I, 172. [Voy. sur la nécessité de cette double signification, un arrêt de la cour de Paris, du 18 déc. 1868, sous Cass., 28 août 1872, Sir., 1872, 1, 329.]

ciation de la qualité en vertu de laquelle l'opposant prétend avoir le droit de former opposition au mariage[7]; 2° l'indication des motifs sur lesquels l'opposition est fondée, à moins qu'elle n'émane d'un ascendant; 3° une élection de domicile dans la commune où le mariage doit être célébré[8]. Art. 176.

§ 456.

Continuation. — Des suites juridiques de l'opposition.

L'officier de l'état civil n'est juge du mérite de l'opposition, ni sous le rapport du fond et de la qualité de l'opposant, ni même sous celui de la forme[1].

[7] Delvincourt, I, p. 121. Duranton, II, 207. Zachariæ, § 460, texte et note 5. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 1 sur l'art. 176.

[8] *Quid*, si cette commune est inconnue, à raison de la circonstance que les futurs époux habitent deux communes différentes, ou à raison de la faculté laissée aux parties de se marier, non seulement dans la commune où elles ont leur domicile général, mais encore dans celles où elles résident depuis six mois? Cpr. art. 74. Il semble qu'il suffise d'élire domicile dans la commune que les publications indiquent comme devant être le lieu de la célébration; et si les publications sont muettes sur ce point, soit dans la commune où se trouve domicilié l'époux contre lequel l'opposition est dirigée, soit dans la commune où il réside depuis six mois. Cependant, pour plus de sûreté, l'opposant fera bien d'élire domicile dans les différentes communes où le mariage peut être célébré. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, IV, p. 353, n° 31); Locré, sur l'art. 176; Delvincourt, I, p. 121; Toullier, I, 587, à la note; Duranton, II, 208 et 210; Vazeille, 1, 170; Demolombe, III, 156; Zachariæ, § 460, texte et note 6, Douai, 15 novembre 1841, Sir., 41, 2, 311.

[1] Contrairement à la proposition émise au texte, Merlin enseigne (*Rép.*, v° Opposition à un mariage, quest. 1 sur l'art. 177) que si l'opposition est nulle en la forme, l'officier de l'état civil ne doit pas s'y arrêter. Mais son opinion a été généralement rejetée. Voy. Duranton, II, 203; Coin-Delisle, *Des actes de l'état civil*, sur l'art. 68, n° 1; Rieff, *Des actes de l'état civil*, n°s 167 et 179; Toullier, 1, p. 296; Zachariæ, § 459, texte *in fine*. Voy. aussi: Richelot, I, p. 242, note 6; Marcadé, sur l'art. 176, n° 2; Demolombe, III, 163. Toutefois, ces derniers auteurs pensent que si l'opposition était manifestement irrecevable, irrégulière, ou mal fondée, et qu'il ne pût pas s'élever

L'officier de l'état civil auquel a été notifiée une opposition doit donc suspendre la célébration du mariage, jusqu'à ce que la mainlevée en ait été régulièrement consentie[2], ou judiciairement prononcée. Cependant le mariage auquel l'officier de l'état civil aurait procédé au mépris d'une opposition ne serait pas pour cela seul entaché de nullité, si d'ailleurs il réunissait toutes les conditions extrinsèques et intrinsèques nécessaires à sa validité[3].

de doutes sérieux à cet égard, l'officier de l'état civil pourrait et devrait même passer outre. Ce tempérament, qui laisserait l'officier de l'état civil juge, dans une certaine mesure d'ailleurs mal definie, du mérite de l'opposition, nous paraît également contraire au texte et à l'esprit de l'art. 68. Nous n'admettrions d'exception à la règle posée au texte que dans le cas où il s'agirait d'une déclaration d'opposition purement verbale ou contenue dans une simple lettre missive, auquel cas on peut dire qu'il n'existe véritablement pas d'opposition dans le sens de la loi. [Les auteurs les plus récents (Laurent, II, n° 396. Huc, II, n° 121. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II, n° 1666²; Planiol, I⁵, n° 824) vont en général beaucoup plus loin. Mais nous persistons à penser qu'en dehors des cas dont nous venons de parler, où l'opposition ne résulte que d'une simple déclaration verbale ou d'une lettre missive, et où, par conséquent, l'on peut dire, au sens le plus rigoureux du mot, que l'opposition n'existe même pas, il n'est pas possible de laisser l'officier public juge de sa régularité, non seulement quant au fond (p. ex. quant à la qualité de l'opposant ou quant aux motifs par lui allégués dans l'hypothèse de l'art. 174), mais même en la forme. Tout au plus concéderions-nous, en dernière analyse, que l'officier de l'état civil est autorisé à passer outre à la célébration, quand l'opposition n'est même pas signifiée par une personne qui ait pris la qualité d'huissier, ou ne contient même pas l'indication de la qualité en vertu de laquelle agit l'opposant. Ce sont là des hypothèses tellement voisines de celles où l'opposition prendrait la forme d'une déclaration verbale ou d'une lettre missive que nous consentirions à leur étendre, à la rigueur, l'exception que nous avons admise au profit de ces dernières.]

[2] La mainlevée de l'opposition peut être volontairement consentie par l'opposant. Arg. art. 67. Delvincourt, I, p. 123. Demolombe, III, 164. Toutefois, si elle ne faisait pas disparaître l'empêchement légal en vertu duquel l'opposition a été formée, l'officier de l'état civil devrait, malgré la mainlevée, se refuser à procéder à la célébration du mariage. Cpr. § 453, texte et note 3; Proudhon, I, p. 426; Zachariæ, § 461, texte et note 1re.

[3] Marcadé, sur l'art. 178, n° 2, Demolombe, III, 170 et 172. Zachariæ, § 461, texte et note 3.

L'officier de l'état civil serait seulement passible d'une amende de trois cents francs, et responsable de tous les dommages occasionnés par suite de son infraction. Art 68.

Du reste, la loi, pour assurer d'autant mieux l'effet des oppositions, ordonne à l'officier de l'état civil entre les mains duquel il en a été formé, d'en faire mention sommaire, ainsi que des jugements ou actes de mainlevée, dans le registre des publications, et d'indiquer également les unes et les autres dans l'acte de célébration, ou d'y énoncer qu'il n'y a pas eu d'opposition. Art. 67, 69 et 76 [n° 6].

§ 457.

Continuation. — De la demande en mainlevée de l'opposition.

Le droit de demander la mainlevée d'une opposition ne compète qu'au futur époux contre lequel l'opposition a été dirigée[1]. Il s'ouvre par le fait même de l'opposition et peut être immédiatement exercé, alors même que l'opposition émanerait d'un ascendant [et que le délai de trente jours avant l'expiration duquel ne peut être célébré le mariage quand le futur époux a dû le notifier à ses père et mère, aux termes de l'art. 151 (loi du 21 juin 1907, art. 7) ne serait point encore expiré[2]].

La demande en mainlevée de l'opposition peut être

[1] Delvincourt, I, p. 123. Duranton, II, 209. Vazeille, 1, 171. Demolombe, III, 165, Zachariæ, § 462, texte *in principio*. [Le tribunal de la Seine (15 avril 1897, Dall., 1898, 2, 419) a cependant admis le futur époux de celui contre lequel l'opposition a été formée à agir en mainlevée. Cette doctrine ne nous paraît pas exacte. On allègue, pour la défendre, l'exigence d'une double signification de l'opposition, à celui des futurs époux dont l'opposant est l'ascendant ou le collatéral, et aussi à l'autre. Cpr. art. 66. L'exigence de cette seconde signification suppose, dit-on, chez ce dernier, le droit d'y répondre par une demande en mainlevée. Mais c'est là, selon nous, confondre l'intérêt de ce dernier à agir et la qualité qui lui serait nécessaire pour agir.]

[2] Grenoble, 27 mai 1845. Sir., 46, 2, 399. [Nous appliquons à ce délai de trente jours les règles qu'on appliquait aux délais que comportait l'ancienne formalité des actes respectueux.]

portée soit devant le tribunal du domicile spécial que l'opposant a élu[3], ou qu'il a dû élire[4], dans son acte d'opposition, soit devant le tribunal de son domicile général[5].

Cette demande est dispensée du préliminaire de conciliation[6] et doit être jugée, tant en première instance qu'en appel, avec une grande célérité. Art. 177 et 178[7]. Elle se porte, sur appel, en audience ordinaire, à moins qu'elle ne soit connexe à une demande de nature à être jugée en audience solennelle, auquel cas elle suit le sort

[3] Le but de l'élection de domicile prescrite par l'art. 176 est de donner au futur époux contre lequel l'opposition est dirigée le moyen d'obtenir mainlevée de l'opposition, sans être obligé d'aller chercher l'opposant à des distances souvent très éloignées. Cette élection de domicile est attributive de juridiction. Cpr. art. 111; Code de procédure, art. 59, al. 9 : §§ 142 et 146. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 454, et 455, n° 13). Locré, sur l'art. 176. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, quest. 1 sur l'art. 177. Proudhon, I, p. 427. Duranton, II, 212. Vazeille, I, 174. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 173. Chardon, *Puissance paternelle*, n° 249. Allemand, I, p. 321 et suiv. Demolombe, III, 157. Demante, *Cours*, I, 347. Zachariæ, § 462, texte *ad* note 1re. Paris, 19 octobre 1809, Sir., 29, 2, 231, à la note. Bruxelles, 6 décembre 1830, Sir., 31, 2, 58. Bordeaux, 7 janvier 1840, Sir., 40, 2, 249. Paris, 27 mars 1841, Sir., 41, 2, 432. Douai, 15 novembre 1841, Sir., 42, 2, 301. Orléans, 28 août 1845, Pal., 1845, 2, 355. Req. rej., 5 juillet 1859, Sir., 59, 1, 451. Cpr. Rouen, 7 décembre 1859, Sir., 60, 2, 589. Voy. en sens contraire : Paris, 23 mars 1829, Sir., 29, 2, 231.

[4] Si l'opposant avait négligé d'élire domicile dans la commune où le mariage doit être célébré, sa négligence ne pourrait priver le demandeur en mainlevée d'opposition du droit de porter sa demande devant le tribunal auquel la loi a implicitement attribué juridiction pour y statuer. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.* Demolombe, III, 165.

[5] Code Napoléon, art. 111, cbn. Code de procédure, art. 59, al. 9. Proudhon, *loc. cit.*, Duranton, II, 212. Demolombe, *loc. cit.*, Zachariæ, § 462, note 1re. Cpr. § 146, texte et note 17.

[6] Arg. art. 177 et 178 cbn. Code de procédure, art. 49, n° 2. Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 3 sur l'art. 177. Proudhon, *loc. cit.* Delvincourt, I, p. 123. Vazeille, I, 173. Zachariæ, § 462, texte et note 2. Angers, 4 prairial an XI, Sir., 6, 2, 398. Douai, 22 avril 1819; Sir., 20, 2, 116.

[7] Cpr. sur ces articles; Merlin, *Rép*,. *v° cit.*, n° 4, quest. 1, sur l'art. 178, et *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 14; Proudhon, *loc. cit.*; Duranton, II, 211 à 214; Vazeille, I, 175; Nîmes, 30 décembre 1806, Sir., 7, 2, 1050.

de cette dernière [8]. [Pour le cas où l'opposant ferait défaut, soit en première instance, soit en appel, sur la demande en mainlevée formée contre lui, le jugement ou l'arrêt par défaut qui ordonnerait la mainlevée ne serait pas susceptible d'opposition. Art. 179 (loi du 20 juin 1896, art. 7).]

L'arrêt qui statue sur une pareille demande peut être déféré à la Cour de cassation. Mais, conformément à la règle générale reçue en matière civile, le pourvoi dirigé contre l'arrêt qui a donné mainlevée de l'opposition n'est pas suspensif; de telle sorte que l'officier de l'état civil ne peut refuser de passer outre à la célébration du mariage [9]. Que si l'arrêt de mainlevée venait à être cassé, la célébration à laquelle il aurait été procédé en vertu de cet arrêt devrait être considérée comme non avenue ou comme dépourvue de tout effet civil [10].

[8] Req. rej., 23 mai 1860, Sir., 60, 1, 958; Req. rej., 22 mai 1864, Sir., 64, 1, 267.

[9] Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 3 sur l'art. 178, Vazeille, I, 176. Marcadé sur l'art. 178, n° 1. Chardon. *Puissance paternelle*, n° 260. Allemand, I, 306. Demolombe, III, 169, Rieff, *op. cit.*, n° 75. Demante, *Cours*, I, 255 *bis*, II. Zachariæ, § 462, texte et note 4. Paris, 19 décembre 1815, Sir., 16, 2, 343. Lyon, 15 février 1828, Sir., 29, 2, 86. Rouen, 7 décembre 1859, Sir., 60, 2, 589. Voy. cep. Delvincourt, I, p. 123; Duranton, II, 158.

[10] Dans le système qui maintiendrait une pareille célébration comme efficace et valable, sous la réserve seulement de l'action en annulation du mariage pour cause d'empêchement dirimant, la faculté que l'on reconnaît à l'opposant de se pourvoir en cassation deviendrait complètement illusoire. Vainement dit-on, à l'appui de ce système, qu'il faut assimuler le mariage célébré en vertu de l'arrêt qui a donné mainlevée de l'opposition à celui qui aurait été contracté au mépris d'une opposition non levée. Cette assimilation n'est point exacte. La défense faite à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration d'un mariage contre lequel existe une opposition non encore levée et l'amende attachée à la violation de cette défense sont, pour la société et pour l'opposant, une garantie suffisante qu'il ne sera pas passé outre; et si le contraire devait arriver, ce serait là un fait illégal et tout exceptionnel, dont on ne peut faire le point de départ d'un raisonnement par analogie, pour le cas où la célébration du mariage aurait eu lieu en vertu d'un arrêt qui avait à tort donné mainlevée de l'opposition. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que les époux, en poursuivant la célébration du mariage, malgré l'éventualité d'un pourvoi en cassation, ont

Lorsque l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, peuvent être condamnés à des dommages-intérêts. Art. 179[11].

Le rejet de l'opposition formée par une personne n'est point un obstacle à l'opposition ultérieure d'une autre personne. Il y a mieux, l'opposition qui a été rejetée comme nulle en la forme peut être réitérée par la même personne au moyen d'un acte régulier[12].

agi à leurs risques et périls; que d'un autre côté, ils pourront toujours invoquer le bénéfice des art. 201 et 202; et qu'enfin il leur sera loisible, si l'opposition est rejetée en définitive, de faire procéder à une nouvelle célébration. Marcadé, sur l'art. 178, n° 2. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 170. [Huc, II, n° 2, Beudant, I, 382, note, Laurent, II, n° 405. Ce dernier jurisconsulte n'admet pas qu'on puisse dire que le mariage litigieux ait été célébré « en exécution de l'arrêt d'appel donnant mainlevée de l'opposition », l'art. 16 de la loi du 27 nov. 1790, qui se sert de cette expression, ne visant par elle, d'après lui, que l'exécution forcée du débiteur par le créancier. La cassation de l'arrêt d'appel ne saurait donc avoir, dit-il, aucun effet sur la célébration et par conséquent sur la validité du mariage, puisque la célébration ne saurait être considérée, en droit, comme l'exécution de l'arrêt. Nous répondrons que la limitation de l'art. 16 de la loi du 27 nov. 1790 à l'exécution forcée des seules condamnations pécuniaires est complètement arbitraire, et ce qui le prouve bien, c'est la disposition finale de l'art. 248 (Loi du 6 février 1893) qui décide que le pourvoi en cassation est suspensif en matière de divorce et de séparation de corps. Cette disposition exceptionnelle aurait été parfaitement inutile, si le législateur de 1893 avait partagé l'opinion de Laurent sur l'interprétation littérale de l'art. 16 de la loi du 27 novembre 1790.]

[11] Cpr. *Exposé des motifs*, par Portalis (Locré, Lég., IV, p. 501, n° 36). Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4 sur l'art. 179.

[12] En partant de l'idée que l'officier de l'état civil n'est pas plus juge du mérite d'une seconde opposition que d'une première, on est amené à reconnaître qu'aux tribunaux seuls il appartient d'y statuer. Or, on ne trouve aucune disposition qui attache au rejet pour vice de forme d'une première opposition la déchéance de la faculté de la renouveler; et les principes généraux sur l'autorité de la chose jugée repoussent une pareille conséquence. Ce système, on ne saurait le méconnaître, peut donner lieu à de graves abus, à des retards préjudiciables, que la loi a précisément cherché à prévenir. Mais, en l'absence d'un texte positif, il ne saurait être permis de restreindre l'exercice d'une facilité légale, à raison des abus que cet exercice peut entraîner. Delvincourt, I, p. 122. Duranton, II, 206. Vazeille, I, 177, Demolombe, III, 176. Zachariæ, § 462, texte et note 7.

Mais, si l'opposition avait été écartée comme non-recevable par défaut de qualité dans la personne de l'opposant, elle ne pourrait plus être légalement réitérée; et le juge, saisi d'une seconde opposition formée par la même personne, devrait la rejeter sans nouvel examen[13], en ordonnant, s'il en était requis, l'exécution provisoire de son jugement, nonobstant appel ou nouvelle opposition[14]. Il en serait de même, si la première opposition avait été écartée comme mal fondée, bien qu'un nouveau moyen fût invoqué à l'appui de la seconde opposition[15]. Il est, du reste, bien entendu que si, dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'opposition avait révélé l'existence d'un empêchement légal au mariage, le tribunal pourrait le signaler à l'officier de l'état civil, et se borner à donner mainlevée de l'opposition, sans ordonner qu'il fût passé outre à la célébration du mariage[16].

Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, n° 4, quest. 2 sur l'art. 176; Liége, 26 décembre 1812, Sir., 13, 2, 379.

[13] Cette proposition, qui découle des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée, ne nous paraît susceptible d'aucune controverse.

[14] Code de procédure, art. 135, et arg. de cette art. Demolombe, *loc. cit.*

[15] Voy. en sens contraire : Demolombe, *loc cit.* Le savant auteur nous semble avoir fait erreur en considérant les divers empêchements qui peuvent être invoqués à l'appui d'une opposition comme constituant autant de *causes* différentes, dans le sens attribué à cette expression en matière d'exception de chose jugée. En réalité, le fondement immédiat et direct du droit d'opposition réside uniquement dans la disposition légale qui le concède; et les empêchements que l'opposant fait valoir à l'appui de son opposition ne constituent que des moyens propres à le faire maintenir. Or, la diversité de ces moyens n'entraîne pas diversité de causes, *hoc sensu*. Cpr. § 769, texte n° 2, lett. *c*.

[16] L'officier de l'état civil, instruit de l'existence de l'empêchement qui lui aura été dénoncé, devra refuser de procéder à la célébration du mariage, et de cette manière, tous les intérêts se trouveront conciliés. Cpr. § 453, texte et note 3. Proudhon, I, p. 456. Duranton, *loc. cit.* Taulier, I, p. 205. Demolombe, III, 173.

§ 458.

3. *Des demandes en nullité de mariage, en général. — Des exceptions qui peuvent y être opposées.*

1° Conformément au principe général énoncé au § 37, un mariage entaché de nullité reste efficace tant que l'annulation n'en a pas été prononcée par le juge, sur la demande ou l'exception intentée [par] ou proposée devant lui à cet effet[1].

Il n'existe point, en matière de mariage, de nullités virtuelles. Les seules causes qui autorisent à provoquer l'annulation d'un mariage sont celles à raison desquelles la loi a textuellement ouvert une action en nullité[2].

D'un autre côté, le droit de demander, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, l'annulation d'un mariage, n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi l'a formellement accordé[3]. Sous ce rapport, on divise les nullités de mariage en absolues ou relatives, suivant que

[1] Cpr. *Discussion du Conseil d'État*, Locré, *Lég.*, IV, p. 437 à 439, nos 8 à 11, et § 450. Demolombe, III, 343. Zachariæ, 463, texte, *in principio*.

[2] L'économie des art. 180 et suiv. du Code Napoléon, placés sous le chap. IV intitulé *Des demandes en nullité de mariage*, démontre, jusqu'à l'évidence, l'intention du législateur de n'admettre dans la matière qui nous occupe, que des nullités littérales, Locré, III, p. 201. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 6 sur l'art. 184. Demolombe, III, 335. Zachariæ, § 458, texte et note 3. Cpr. Toullier, I, 651; Vazeille, I, 100; Civ. rej., 29 octobre 1811, Sir., 12, 1, 46; Req. rej., 12, novembre 1844, Sir., 45, 1, 246. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I. p. 125 et 126; Proudhon et Valette, I, p. 404 et 405. [Planiol, I⁶, n° 995.]

[3] Les observations présentées à la note précédente justifient également cette proposition. Cpr. § 450, texte, *in fine*; Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 1 sur l'art. 184. Zachariæ, § 463, texte et note 2. Civ. cass., 9 janvier 1821, Sir., 21, 1, 157. Douai, 12 juillet 1838. Sir., 39, 2, 256. Req. rej., 12 novembre 1839, Sir., 39, 1, 826. Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 246. Colmar, 27 février 1852, Sir., 52, 2, 488. Voy. cep. Vazeille, I, 239 et 240.

la loi reconnaît généralement à toute personne intéressée, ou qu'elle réserve à certaines personnes spécialement désignées, le droit de les proposer[4].

Le droit de demander l'annulation d'un mariage entaché de nullité n'emporte pas nécessairement, en faveur de la personne au profit de laquelle il existe, le droit inverse de faire déclarer, par voie d'intervention ou d'appel, la validité d'un mariage qui serait indûment attaqué, ou qui aurait été mal à propos annulé[5]. Il en est ainsi, même pour le ministère public : quoique autorisé à demander l'annulation de tout mariage entaché d'une nullité absolue, il n'a pas le droit d'interjeter appel et de demander la réformation d'un jugement qui, contrairement à ses conclusions, aurait prononcé la nullité d'un mariage[6].

Les demandes en nullité de mariage, constituant des questions d'état, [devaient] être jugées sur appel en audience solennelle, [avant le décret du 26 nov. 1899,] à

[4] Il résulte de la discussion au Conseil d'État. Cpr. Locré, *Lég.*, IV. p. 371 à 374, nos 6 à 8; p. 378. n° 14, p. 406, n° 2, que, si les rédacteurs du Code n'ont pas cru devoir employer les expressions *nullités absolues* et *nullités relatives*, qui. en effet. appartiennent plutôt à la doctrine qu'à la législation, ils les ont cependant considérés comme rendant d'une manière très nette l'idée de la distinction consacrée par les art. 180 et 182, d'une part. et par les art. 184 et 191, d'autre part.

[5] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 3, nos 1 et 2.

[6] Vainement dirait-on que ce droit doit appartenir au ministère public, comme étant chargé de poursuivre l'exécution des lois, dans les matières qui intéressent l'ordre public. Ainsi que nous l'avons déjà démontré à la note 27 du § 454, le ministère public n'a, au civil, la voie d'action que dans les cas spécifiés par la loi et il n'existe aucune disposition qui la lui confère dans l'hypothèse dont s'agit. Duvergier, sur Toullier, I, p. 372, note 2; Allemand, 1. 517. Civ. cass., 1er août 1820. Sir., 21, 1, 154. Civ. cass., 5 mars 1821. Sir., 21. 1. 197. Voy. en sens contraire Toullier, 1, 648; Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 3, n° 3; Valette sur Proudhon, I, p. 444 : Demolombe, III, 312; Bruxelles, 1er août 1808. Sir., 8, 2, 273; Pau, 28 janvier 1809. Sir., 9, 2, 241 ; Paris, 13 août 1851, Sir., 51, 2, 465. [Chambéry, 7 février 1885. Sir., 1886, 2, 217.] Cpr. Delvincourt, I, p. 149; Duranton, II, 344; Vazeille. I. 255. Ces derniers auteurs s'attachent plutôt à critiquer la loi qu'à combattre l'interprétation que lui a donnée la Cour de cassation.

moins que la nullité [n'eût] été proposée que par voie incidente[7].

2° Un mariage, entaché dans son origine d'un vice de nature à en entraîner l'annulation, peut, en certains cas, être validé par un événement postérieur qui en efface la nullité.

Les nullités relatives sont toutes susceptibles de se couvrir, soit au moyen de la confirmation du mariage par les personnes dans l'intérêt desquelles ces nullités ont été établies[8], soit au moyen de la prescription[9].

Au contraire, les nullités absolues ne peuvent, en général[10], être effacées par quelque laps de temps, ni par quelque événement que ce soit[11]. Mais, si ces nullités ne sont pas en elles-mêmes susceptibles de se couvrir, rien n'empêche cependant que l'action accordée pour les faire valoir ne puisse, en certains cas, être écartée au moyen d'une fin de non-recevoir fondée, non sur la disparition du vice dont le mariage se trouve entaché, mais sur un motif particulier au demandeur en nullité. C'est ce qui a lieu, notamment, toutes les fois que la personne qui demande la nullité du mariage est sans intérêt à la faire déclarer[12]. Ainsi, les personnes auxquelles la loi donne, dans un intérêt purement pécuniaire, le droit de demander l'annulation d'un mariage, sont non recevables à la faire prononcer, lorsqu'elles ont régulièrement renoncé aux droits à raison desquels elles auraient eu intérêt à la faire

[7] Req. rej., 26 juillet 1865, Sir., 65, 1, 391.

[8] Cpr. art. 181 et 184; § 462, texte et notes 17 et 18, 50 à 54.

[9] Le temps requis pour la prescription est, tantôt d'un an, cpr. art. 183, tantôt de trente ans. Cpr. § 462, note 19.

[10] Nous ne connaissons qu'une seule exception à cette règle, c'est celle qu'indique l'art. 185. Dans les hypothèses prévues par les art. 186 et 196, la nullité du mariage n'est point couverte en elle-même, malgré la fin de non-recevoir au moyen de laquelle peut être écartée l'action de la personne qui la fait valoir.

[11] Sauf l'exception indiquée dans la note précédente, ces nullités sont donc irréparables et perpétuelles. Demolombe, III, 313 à 315. Cpr. pour les développements et les applications de cette proposition : § 461, texte et note 32 à 38; § 468, texte et note 30.

[12] Cpr. art. 187 et 190.

valoir, ou lorsque ces droits se trouvent éteints par la prescription[13].

§ 459.

Des effets de l'annulation du mariage.

Le jugement qui prononce l'annulation d'un mariage fait, en règle générale[1], évanouir, d'une manière rétroactive[2], tous les effets juridiques découlant du mariage comme tel. [Il semble d'ailleurs que ce jugement[2]*bis*, par exception à la règle générale d'après laquelle les jugements qui statuent sur les questions d'état n'ont l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties entre lesquelles ils ont été rendus[2]*ter*, produise ses effets, soit vis-à-vis des tiers[2]*quater*, c'est-à-dire vis-à-vis des

[13] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 11; sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184, quest. 3 sur l'art. 196; Demolombe, III, 333.

[1] Voy. au § 460, l'exception établie en faveur du mariage putatif.

[2] Arg. *a contrario*, art. 201 et 202. Cpr. § 37, texte et note 19; Toullier, 1, 652; Demolombe, III, 344; Zachariæ, § 463, texte et note 3.

[[2] *bis*. Nous raisonnons, bien entendu, dans les notes 2 *quater* à 2 *septiès*, *infrà*, sur le jugement dont l'objet est de prononcer la nullité ou de reconnaître l'inexistence du mariage, et qui est intervenu entre les deux époux ou vis-à-vis des deux époux. Art. 190. Les solutions que nous défendons dans la suite de ces notes ne s'appliquent, par conséquent, ni aux jugements qui, en statuant sur l'une des conséquences pécuniaires du mariage, auraient, incidemment ou implicitement, statué dans le sens de sa nullité, ni aux jugements dont l'objet serait bien de prononcer la nullité, mais qui auraient été rendus contre l'un des époux seulement. Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade. *Des personnes*, II, n° 1890.]

[[2] *ter*. Cpr. § 769, note 62.]

[[2] *quater*. Cette question s'est présentée pour la première fois le 14 juin 1890, devant la Cour d'Agen (Dall., 1891, 2, 153), qui l'a résolue dans le sens que nous indiquons au texte. Mais comme il s'agissait, dans l'hypothèse qui lui était soumise, de la nullité relative de l'art. 180, qui ne peut être invoquée que par celui des époux dont le consentement n'a pas été libre, il lui a suffi, pour attribuer un effet absolu au jugement qui avait prononcé la nullité, d'argumenter en ce sens de la concession exclusive à celui des époux dont le consentement n'a pas été libre, de l'action en nullité fondée sur

personnes qui, non seulement n'ont point été parties au procès, mais encore à l'égard desquelles la question

le vice du consentement. Ce qui est jugé sur l'exercice de l'action en nullité, qui n'appartient qu'à lui, est nécessairement jugé vis-à-vis de tout le monde, puisque personne, en dehors de lui, n'a qualité pour soulever la question de nullité. Cpr. § 545 *bis*, note 44. Nous pensons avec MM. Planiol, I[6], n[os] 1088 et 1089, de Loynès (note au Dalloz, 1891, 2, 153), Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *Des personnes*, II, n° 1880 et suiv., qu'il faut aller plus loin, et que le caractère absolu du jugement d'annulation n'est pas limité à l'hypothèse de l'art. 180, comme on pourrait croire que l'implique l'argumentation de la Cour d'Agen, qui ne saurait s'appliquer, ni à l'autre hypothèse de nullité relative, art. 182, ni aux hypothèses de nullité absolue ou d'inexistence du mariage. — Nous n'allons certainement pas jusqu'à dire, avec MM. Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, n° 1889, de Loynès, dans la note précitée, et Cheneaux (*De l'autorité de la chose jugée dans les question d'état*, Bordeaux, 1895, p. 45 et 78), que l'art. 1351 est étranger aux jugements rendus sur l'état des personnes (cpr. § 769, note 62) ou tout au moins aux jugements rendus en matière de nullité de mariage. C'est là, selon nous, une formule excessive et inexacte, et nous partons au contraire du principe que l'art. 1351 gouverne les jugements rendus sur les questions d'état, y compris les jugement rendus en matière de nullité de mariage. Mais nous pensons que cette solution de principe comporte une exception fondamentale en ce qui concerne les jugements qui prononcent la nullité d'un mariage ou qui en reconnaissent l'inexistence. Ces jugements, selon nous, comportent, pour des raisons que nous indiquerons à la fin de cette note, un effet absolu, qui ne saurait appartenir aux jugements qui statuent dans le sens de la validité du mariage : ces derniers jugements restent, à tous égards, soumis à la disposition de principe de l'art. 1351. — Nous n'argumenterons pas, en ce sens, du caractère que certains auteurs (Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, n° 1889) ont cru pouvoir attribuer aux jugements qui prononcent la nullité du mariage, en les rapprochant des jugements constitutifs d'un état nouveau, tels que le jugement de divorce ou le jugement d'interdiction, dont l'autorité, en effet, s'étend même aux personnes qui n'y ont point été parties. Cette argumentation ne vaudrait rien pour les jugements qui constatent l'inexistence du mariage : elle vaudrait tout au plus pour les jugements qui en prononcent la nullité, puisqu'on peut dire, et que nous admettons nous-mêmes (Voy. § 450, texte et notes 3 à 6) que, dans les cas de nullité relative ou même absolue, le rôle de l'autorité judiciaire qui prononce la nullité présente un caractère assez différent de celui que supposent les jugements par lesquels elle se borne à constater l'inexistence du mariage. — Nous n'argumenterons pas davantage, avec le même auteur, de la nécessité d'établir,

de la nullité ou de la validité du mariage n'a pas été antérieurement résolue, dans une instance diffé-

entre les effets évidemment absolus de la célébration du mariage et les effets du jugement qui en prononce la nullité, une concordance de même nature que celle que suppose l'art. 1351 entre les effets purement relatifs des actes juridiques de caractère patrimonial et les effets également relatifs des jugements qui les concernent. Cette argumentation, outre qu'elle conduirait à reconnaître un caractère absolu, non seulement au jugement qui prononce la nullité du mariage, mais à tous les jugements rendus en matière de nullité de mariage, c'est-à-dire même aux jugements qui statuent dans le sens de sa validité, ce que l'auteur dont nous résumons l'argumentation peut bien admettre, mais ce que nous avons déjà dit que nous n'admettons pas, nous paraît inconciliable avec le caractère purement relatif des jugements rendus, en matière de filiation naturelle, par exemple, sur la validité des actes de reconnaissance, qui comportent cependant, vis-à-vis des tiers, des effets tout aussi absolus que ceux de la célébration du mariage elle-même. — Dans notre pensée, le caractère absolu des jugements qui prononcent la nullité, ou qui reconnaissent l'inexistence du mariage, résulte de certaines dispositions expresses du titre *Du mariage*, dont l'application raisonnable est nécessairement exclusive du caractère relatif que la règle de principe de l'art. 1351 conduirait à attribuer à ces jugements. L'art. 189 suppose que la nullité du mariage, lorsqu'elle est prononcée entre les deux prétendus conjoints, implique, toutes choses égales d'ailleurs, la validité du mariage contracté après le premier, avec une tierce personne, par l'un des prétendus conjoints : à plus forte raison, l'art. 189 implique-t-il que celui-ci pourrait se marier avec une tierce personne, après que la nullité du premier mariage aurait été judiciairement prononcée. Mais comme les effets de ce mariage ne peuvent être que les effets absolus qui résultent, en général, du mariage et de la célébration du mariage, à l'égard de tout le monde, c'est donc que la loi, dans l'art. 189, a envisagé le jugement qui prononce la nullité du premier comme produisant des effets absolus de nature à être invoqués par tout le monde. Le raisonnement que nous faisons s'applique d'ailleurs tout naturellement à l'hypothèse où il s'agit, non pas, comme nous venons de le supposer, d'une nullité relative ou absolue, mais d'un cas d'inexistence et du jugement qui la reconnaît. — Indépendamment de cette argumentation fondée sur l'art. 189, qui nous paraît décisive, on n'a pas manqué de faire observer qu'il y a un cas tout au moins où il faut, de toute nécessité, que le jugement qui prononce la nullité comporte des effets absolus. C'est le cas de l'art. 190. A quoi servirait l'action du ministère public si elle n'aboutissait pas à faire prononcer la nullité du mariage *ergà omnes*? Il se produit ici, lorsque le ministère public agit en nullité du mariage et obtient qu'elle soit prononcée, ce qui

rente[2] *quinquiès*, soit même vis-à-vis des personnes qui avaient qualité pour soulever la question de nullité, qui

se produit lorsqu'il agit dans le cas de l'art. 198. Cpr. § 452 *bis*, note 39. — Mais comme le droit d'agir en nullité qui est conféré au ministère public paraît, à tous égards, de même nature que le droit d'agir en nullité conféré à toute autre personne qui en est légalement investie, qu'il paraît même n'être que l'extension de celui-là, ce que l'interprétation raisonnable de l'article 190 nous oblige à dire de lui, la logique nous oblige à le dire de celui-là. — En définitive, le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée disparaît ici, en conséquence de la réglementation, par des textes spéciaux à la matière, du droit d'agir en nullité, soit quant aux personnes qui en sont investies, soit quant aux effets qu'entraîne son exercice. A tous autres égards, notamment en ce qui concerne les jugements qui repoussent la nullité, nous restons sous l'empire du droit commun de l'art. 1351. — De même que le droit d'agir en nullité n'implique pas nécessairement celui de soutenir la validité du mariage (Voy. § 458, notes 5 et 6), de même, le jugement qui se prononce en faveur de la validité ne comporte ni la même autorité, ni les mêmes effets que celui qui prononce la nullité. — Voy. encore, pour d'autres arguments, la note suivante.]

[[2] *quinquiès*. Ces personnes sont : 1° l'officier de l'état civil auquel l'un des prétendus conjoints s'adresserait, après l'annulation du mariage, pour la célébration d'une nouvelle union avec une tierce personne, et qui ne pourrait se refuser à y procéder; 2° les enfants issus du commerce des prétendus conjoints avant l'annulation du mariage, qui ne sauraient, au mépris du jugement d'annulation, ni se prévaloir, tant vis-à-vis de leurs père et mère que vis-à-vis des autres enfants de ceux-ci ou même vis-à-vis de tiers quelconques, de leur qualité d'enfants légitimes des prétendus conjoints, ni demander la nullité, pour cause de bigamie, du nouveau mariage contracté avec une tierce personne, depuis le jugement d'annulation, par leur père ou leur mère; 3° les parents de chacun des prétendus conjoints, qui ne sauraient être considérés, ni comme étant, depuis l'annulation, ni comme ayant été, avant elle, les alliés de l'autre; 4° les tiers avec lesquels la femme aurait contracté après la célébration du mariage ou contracterait après le jugement d'annulation, et qui pourraient, bien qu'ils n'eussent pas été parties au procès, se prévaloir de la nullité du mariage pour échapper aux conséquences de l'incapacité de la femme; 5° les tiers avec lesquels l'un quelconque des prétendus conjoints, émancipé par le mariage, aurait traité sous le couvert de cette émancipation, et qui subiraient les conséquences de la nullité de l'émancipation. — Les jurisconsultes qui entendraient conserver aux effets du jugement d'annulation le caractère purement relatif qu'entraînerait l'application de l'art. 1351 à ce jugement, sont,

l'ont en effet soulevée dans une instance différente[2] *sexiès*, et qui ont été déboutées de leur demande[2] *septiès*, réserve faite, toutefois, des droits acquis, dans l'ordre des intérêts

croyons-nous, nécessairement amenés à permettre à toutes les personnes que nous venons d'énumérer, de se prévaloir, dans toutes ces hypothèses, du mariage annulé, malgré le jugement d'annulation. Cette doctrine est de nature à conduire à d'invraisemblables conséquences, notamment en ce qui concerne les personnes et les actions visées au nº 2 *in fine* de la présente note. L'absurdité de ces conséquences est un nouvel argument à l'appui de la doctrine que nous avons défendue à la note 2 *quater suprà*.]

[[2] *sexiès*. Ces personnes sont : 1º dans le cas de nullité relative fondée sur le défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille, l'ascendant qui a demandé la nullité et qui a été débouté de sa demande, à supposer que l'époux qui s'est marié sans son consentement demande lui-même ultérieurement la nullité, et l'obtienne; 2º réciproquement, dans le même cas de nullité relative fondée sur le défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille, l'époux qui a demandé la nullité et qui a été débouté de sa demande, à supposer que l'ascendant dont le consentement était nécessaire demande lui-même ultérieurement la nullité, et l'obtienne. Art. 182; 3º dans les cas de nullité absolue, les personnes, quelles qu'elles soient, qui ont demandé la nullité, et qui ont été déboutées de leur demande, à supposer qu'une autre, quelle qu'elle soit, la demande à son tour, et l'obtienne.]

[[2] *septiès*. Cette solution est certainement la plus grave de celles que nous défendons dans les notes 2 *quater* et suivantes *suprà*. — Mais les raisons sur lesquelles repose, selon nous l'extension de l'autorité de la chose jugée, dans l'instance qui a abouti à la nullité, aux tiers ordinaires visés à la note 2 *quinquiès suprà*, nous paraissent commander, avec la même force, l'extension de l'autorité de la chose jugée aux tiers que nous visons à la note précédente. Cpr. note 2 *quater suprà*. Rien d'ailleurs ne montre mieux, selon nous, que, soit en ce qui concerne les tiers que nous visons à la note précédente, soit en ce qui concerne les tiers ordinaires eux-mêmes, visés à la note 2 *quinquiès suprà*, l'application de la règle de droit commun de l'art. 1351 est écartée ici, non pas, comme le voudraient les jurisconsultes dont nous combattons l'opinion à la note 2 *quater suprà*, pour des raisons de principe qui impliqueraient que son domaine se restreint naturellement aux litiges relatifs à des intérêts pécuniaires, c'est-à-dire pour des raisons tirées, en somme, du caractère de la règle de l'autorité de la chose jugée envisagée en elle-même, mais par le jeu indépendant des règles spéciales de l'action en nullité du mariage, qui en modifient exceptionnellement et arbitrairement les effets. — L'argumentation que nous développons à la note 2 *quater suprà* se

pécuniaires, aux tiers contre lesquels les personnes dont nous venons de parler en dernier lieu ont inutilement invoqué la nullité.]

Mais [ce] jugement ne saurait avoir pour conséquence d'anéantir les droits et les obligations attachés à l'union des époux considérée comme un simple fait, c'est-à-dire comme dépourvue du caractère juridique au point de vue duquel elle a été annulée. Ainsi, l'annulation du mariage laisse subsister les rapports résultant de la société de biens qui, de fait, a pu exister entre les époux[3], et l'affinité naturelle que leur commerce a produite[4].

D'un autre côté, l'annulation d'un mariage n'enlève pas aux enfants qui sont nés pendant sa durée ou dans les dix mois de son annulation le droit de prouver leur filiation, tant paternelle que maternelle, à l'aide des moyens dont ils auraient pu faire usage si le mariage avait été maintenu. La preuve ainsi faite constate d'une manière légale, en dehors de toute reconnaissance, leur état d'enfants naturels[5].

trouve, croyons-nous, fortifiée et non pas affaiblie, par la solution extrême que nous détaillons à la note 2 *sexiès suprà*.]

[3] Pothier, *De la communauté*, n° 497, Toullier, I, 655. Glasson, n° 163. Zachariæ, § 463, texte et note 5. [Paris, 10 février 1892, *Pandectes françaises*, 1893, 2, 137.] Cpr. § 37, texte et note 21.

[4] Cpr. § 67, texte et note 10; § 461, texte, notes 12 et 13; Allemand, I, 57; Glasson, *loc. cit.*; Zachariæ, § 463, texte et note 4. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 347.

[5] Demolombe, III, 345. Glasson, *loc. cit.* — Voy. cependant sur l'hypothèse où, malgré la grossesse de la femme pubère, le mariage est annulé pour cause d'impuberté du mari : Demolombe, III, 346. [Il semble bien qu'ici la raison de droit sur laquelle est fondée la nullité du mariage empêche que la filiation naturelle soit réputée légalement établie du côté du père. La Cour d'Agen (14 juin 1890, Sir., 1893, 2, 4) est allée plus loin encore en décidant que lorsqu'il est établi, en fait, que les prétendus époux, d'ailleurs pubères, n'ont jamais cohabité, la filiation naturelle de l'enfant ne saurait être légalement établie du côté du père. Dans cette doctrine, la preuve de la filiation naturelle résulterait, en principe, en cas d'annulation du mariage, du fait de la cohabitation, que la célébration du mariage, d'ailleurs frappé de nullité, ne ferait que mettre hors de doute.] — Marcadé (sur l'art. 202, n° 4) admet également en principe la proposition énoncée au texte ; mais il en écarte à tort l'application pour

Enfin, un mariage annulé doit, quant à l'application de l'art. 228, être placé sur la même ligne qu'un mariage valable, dissous par la mort du mari[6].

Du reste, les personnes dont le mariage a été annulé peuvent valablement se remarier l'une avec l'autre, à moins que l'empêchement dirimant à raison duquel l'annulation en a été prononcée ne subsiste encore[7].

§ 460.

Du mariage putatif.

On appelle mariage putatif un mariage qui, dans la réalité, se trouve entaché de nullité, mais que les deux époux, ou l'un d'eux, ont cru valable en le contractant.

Par exception au principe énoncé au paragraphe précédent, le mariage putatif dont l'annulation a été prononcée n'en produit pas moins, tant au profit des enfants qu'au profit des époux ou de l'époux de bonne foi, tous les effets juridiques attachés à un mariage valable. Art. 201 et 202.

Cette exception, n'ayant été établie qu'en faveur des mariages qui se trouvent simplement entachés de nullité, est, en thèse générale, étrangère aux unions qui ne présenteraient pas les caractères essentiels à l'existence d'un mariage[1]. Ainsi, par exemple, cette exception ne peut être étendue, ni à l'union formée devant une personne qui

le cas d'inceste ou d'adultère. Ce cas, en effet, est précisément un de ceux auxquels se réfèrent les art. 761 et 762, qui supposent une filiation incestueuse ou adultérine legalement constatée en dehors de toute reconnaissance volontaire ou forcée. Cpr. § 572.

[6] Cpr. § 463, texte n° 3 et note 4.

[7] Glasson, *loc. cit.* Zachariæ, § 463, texte et note 7.

[1] Cette proposition, que nous avons empruntée à Zachariæ (§ 465, texte *in principio*), paraît également admise, en principe, par M. Demolombe (III, 355). Toutefois, ces auteurs ne pensent pas qu'on doive la pousser jusque dans ses dernières conséquences, parce que, disent-ils, la distinction entre le mariage non existant et le mariage simplement annulable n'a pas toujours été rigoureusement suivie par le législateur. Cette observation peut être fondée en ce sens que les rédacteurs du Code se sont bornés, par des motifs d'utilité pratique, à ouvrir une simple action en nullité dans certaines hypo-

thèses où, à la rigueur et d'après les principes du droit philosophique, ils auraient dû considérer le mariage comme non existant. Mais il n'en demeure pas moins certain qu'ils ont reconnu la nécessité de la distinction dont il s'agit; et, de fait, on est bien forcé de l'appliquer aux unions qui n'offrent pas les véritables caractères d'un mariage, et contre lesquelles la loi n'ouvre cependant aucune action en nullité. Or, rien ne prouve que le législateur n'ait pas entendu consacrer, pour de pareilles unions, toutes les conséquences qui découlent de leur non-existence comme mariage civil, ni surtout qu'il ait voulu y étendre les dispositions exceptionnelles et de faveur des art. 201 et 202. Bien loin de là, le texte de ces articles, la place qu'ils occupent, la corrélation qui existe entre leurs dispositions et celles du même chapitre relatives aux demandes en nullité de mariage, tendent, au contraire, à démontrer que les rédacteurs du Code n'y ont eu en vue que les mariages simplement annulables. D'ailleurs, une union destituée de toute existence légale mérite-t-elle autant de faveur qu'un mariage qui, quoique annulable, n'en produit pas moins tous les effets civils jusqu'au moment de son annulation, et ne faut-il pas, en pareil cas, appliquer la maxime de raison *Prius est esse quam operari*? — [La jurisprudence, n'admettant pas, au moins à tous égards, la distinction que nous faisons entre les mariages nuls et les mariages inexistants (Cpr. § 451 *bis*, note 3) applique naturellement les art. 201 et 202 aux uns comme aux autres. Voy. surtout Cass., 30 juillet 1900 (Sir., 1902, 1, 225) dont les considérants visent expressément tous les cas de nullité du mariage. Cpr. les arrêts cités aux notes suivantes. Maintenant, en ce qui nous concerne, la distinction que nous avons faite entre l'existence et la nullité absolue des actes juridiques en général et surtout du mariage (Cpr. § 37, texte et note 23) nous persistons à penser qu'il est inadmissible que le seul élément de la bonne foi suffise à produire, dans le cas d'inexistence du mariage, des effets qui se rattachent au moins, dans les cas de nullité relative ou même absolue, à une apparence d'union conjugale, et ne relèvent dès lors pas exclusivement de l'erreur des parties. Nous reconnaissons d'ailleurs que la pratique a révélé des hypothèses d'inexistence du mariage où cette erreur était particulièrement excusable. Voy. p. ex. Trib. de Beaune, 7 mai 1897, *Pandectes françaises*, 1898, 2, 79 (mariage célébré par un maire démissionnaire au jour de la célébration). Voy. encore Trib. Seine, 23 février 1883, Dall., 1883, 2, 54 et Cass., 7 août 1883, Sir., 1884, 1, 1 (affaire dite des mariages de Montrouge). Cpr. Bordeaux, 5 février 1883, Sir., 1883, 1, 137. Dans toutes ces hypothèses, où l'inexistence du mariage tient exclusivement à l'insuffisance des éléments de la célébration, l'application des art. 201 et 202 peut, à la rigueur, se défendre, sans qu'il soit nécessaire, pour cela, d'aller jusqu'à étendre le bénéfice de ces textes à tous les mariages inexistants. Les auteurs les plus récents partagent cette manière de voir. Planiol, I[6], n° 1106 et 1107. Cpr. Bordeaux précité, 5 février 1883. La majorité des interprètes reste, d'ailleurs, plus rigoureusement fidèle

n'était pas revêtue du caractère d'officier de l'état civil[2], ni à l'union contractée par un mort civilement[3].

Mais les dispositions des art. 201 et 202 s'appliquent à tous les mariages simplement annulables, peu importe

à la distinction fondamentale de l'inexistence et de la nullité du mariage (Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *Des personnes*, II², n° 1909. Beudant, I, n° 295.] — Suivant Marcadé (sur l'art. 201, n° 2), toute erreur *vraiment pardonnable* permettrait d'invoquer le bénéfice des art. 201 et 202, alors même qu'il s'agirait de mariages non existants, par exemple d'un mariage que, par fraude, un greffier de mairie aurait célébré aux lieu et place du maire. Et cependant, cet auteur se prononce contre l'application de ces mêmes articles à l'union contractée devant un prêtre. Cette dernière solution ne se comprend guère dans son système, puisque l'erreur d'une jeune fille, d'une étrangère surtout, qui aurait cru se marier valablement devant un prêtre, pourrait être, suivant les cas, parfaitement excusable. Cpr. la note suivante.

[2] Par exemple, à l'union célébrée seulement devant un prêtre. Marcadé sur l'art. 202, n° 2. Demolombe, III, 354. Bourges, 17 mars 1830, Sir., 30, 2, 174. Voy. cependant en sens contraire : Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113. [Alger, 26 mai 1879, Sir., 1879, 2 281 (note Labbé), Bordeaux, 5 février 1883, Sir., 1883, 2, 137.] Cpr. Req. rej., 11 août 1841, Sir., 41, 1, 616.

[3] Merlin, *Quest.*, v° Légitimité, § 5. Cpr. § 451, note 1. Voy. cependant en sens contraire : Toullier, 1, 284 ; Duranton, II, 134, 135 et 136 ; Vazeille, I, 277 à 281 ; Magnin, *Des minorités*, I, 29 ; Fœlix, *Revue du Droit français et étranger*, 1845, II, p. 486, n° 12, p. 490, n° 17 ; Taulier, I, p. 321 et 322 ; Marcadé sur l'art. 202, n° 1 ; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 350 ; Demolombe, III, 356 ; Civ. cass., 15 janvier 1816, Sir., 16, 1, 81 ; Req. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1.211 ; Limoges, 5 janvier 1842, Sir., 42, 2, 484. Voy. aussi : Zachariæ, § 465, texte et note 2. L'opinion émise au texte n'est qu'une conséquence de la proposition que nous avons développée à la note 1 *suprà* : elle ne paraît pas pouvoir être contestée en stricte théorie, dès que l'on admet que le mariage contracté par un mort civilement doit être considéré comme non existant. En vain invoque-t-on, en sens contraire, la discussion au Conseil d'État ou plutôt l'opinion individuelle qui y a été émise, puisque cette opinion a été implicitement rejetée par les retranchements de l'article qui ouvrait une action en nullité contre le mariage contracté par un mort civilement. Cpr. Locré, *Lég.*, p. 369 et suiv., n°s 2 à 5 ; § 451, note 2. La doctrine contraire à la nôtre ne paraît s'être accréditée, soit au Palais, soit à l'École, qu'en haine de la mort civile, et par suite de l'intérêt qu'inspiraient les femmes et les enfants des émigrés qui s'étaient mariés pendant leur émigration. C'est, en effet, dans de pareilles espèces qu'ont été rendus les arrêts cités en tête de la note.

que la cause de nullité réside dans un empêchement de fond, ou dans l'inobservation de l'une ou l'autre des formalités prescrites pour la validité de la célébration[4].

La seule condition exigée pour qu'un mariage entaché de quelque nullité puisse être considéré comme putatif est qu'il ait été contracté, soit par les deux époux, soit du moins par l'un d'eux, dans l'ignorance des vices qui en ont entraîné l'annulation[5]. Il suffit que cette ignorance, constitutive de la bonne foi, ait existé au moment de la célébration du mariage[6]. Il importe peu, du reste, que la

[4] Beaucoup d'auteurs enseignent qu'on ne doit appliquer les dispositions des art. 201 et 202 qu'aux mariages célébrés avec les formalités requises par la loi. Cpr. Merlin, *Rép.*, vº Légitimité, sect. I, § 1, nº 7; Toullier, I, 654, 655 et 657; Proudhon, II, p. 3 et 4; Duranton, II, 348 à 350; Vazeille, I, 272 et 274. Voy. aussi Poitiers, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 215. Cette proposition est trop absolue, à notre avis. Il est bien évident que les dispositions des art. 201 et 202 ne peuvent s'appliquer à une union qui n'aurait pas été célébrée avec les solennités essentielles à l'existence d'un mariage; et c'est ce qu'on a jugé avec raison dans l'affaire rapportée par Merlin (*loc. cit.*). Mais si le mariage existe, l'omission des formes simplement requises pour sa validité ne s'oppose pas nécessairement et par elle-même à l'application des art. 201 et 202, puisque ces articles, conçus en termes généraux, s'étendent sans distinction à tous les cas où le mariage a été annulé, soit pour vices de fond, soit pour vices de forme. Demolombe, III, 354.

[5] D'après Delvincourt (I, p. 144), Toullier (I, 654, 655, 658 et 659); Duranton (II, 348, 350 et 351); Vazeille (I, 272); et Zachariæ (§ 465, texte et note 4), il ne suffirait pas que cette ignorance existât en réalité, il faudrait en outre qu'elle fût excusable. Mais, comme les art. 201 et 202 n'exigent d'autres conditions que la bonne foi, et que celle-ci consiste dans l'ignorance des vices dont le mariage se trouve entaché, on doit en conclure que cette ignorance est toujours digne d'excuse aux yeux de la loi et qu'elle suffit par elle-même, indépendamment de toute autre condition, pour faire produire au mariage les effets civils. Demolombe, III, 358.

[6] C'est ce qui résulte bien évidemment des expressions *lorsqu'il a été contracté de bonne foi*, dont se sert l'art. 201. Proudhon, II, p. 5 et 6. Vazeille, I, 283. Duranton, II, 363. Marcadé, sur l'art. 202, nº 2. Duvergier sur Toullier, I, 656, note 1. Demolombe, III, 360. Zachariæ, § 465, texte et note 5. On a cependant contesté l'application de la proposition émise au texte en ce qui concerne la légitimité des enfants nés, postérieurement à la cessation de la bonne foi, d'un mariage annulé pour cause de bigamie ou d'inceste. Voy. texte et note 10 *infrà*.

bonne foi soit le résultat d'une erreur de fait ou d'une erreur de droit[7].

La bonne foi des époux doit, en général, se présumer, lorsqu'ils allèguent l'ignorance d'un fait[8]. Il en est autrement lorsqu'ils prétendent avoir ignoré les dispositions de la loi[9]. La présomption de bonne foi, au premier cas, et celle de mauvaise foi, au second cas, peuvent être efficacement combattues au moyen de simples présomptions, dont l'appréciation est entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge.

[7] *Lex non distinguit.* Cpr. § 28, texte, note 4 à 6; Duvergier, sur Toullier, I, 658, note *a*; Marcadé, *loc. cit.*; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 349; Demolombe, III, 357; Pochonnet, *Revue critique*, 1856, IX, p. 201; Zachariæ, § 465, texte et note 3; Paris, 18 décembre 1837, Sir., 38, 2, 113; Limoges, 25 août 1841, et 5 janvier 1842, Sir., 42, 2, 484; Metz, 7 février 1854, Sir., 54, 2, 659; Nîmes, 23 février 1858, Sir., 58, 2, 385; Aix, 11 mars 1858, Sir., 59, 2, 17; Paris, 9 février 1860, Sir., 60, 2, 65; [Lyon, 24 février 1881, Sir., 1883, 2, 18. Rouen, 6 avril 1887, sous Cass., Sir., 1890, 1, 145; Paris, 14 mars 1889, Dall., 1890, 2, 88; Paris, 18 mars 1897, Dall., 1897, 2, 200.] Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 144; Duranton, II, 351; Vazeille, I, 272; Proudhon, II, p. 3 et 4. Richefort, II, 210; Allemand, I, 607; Colmar, 14 juin 1838, Sir., 38, 2, 345; Poitiers 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 215. Dans ce dernier sens, on dit que l'erreur de droit ne peut constituer la bonne foi, parce que cette erreur n'est jamais excusable. Cette opinion, qui se rattache à celle que nous avons réfutée à la note 5 *suprà*, repose d'ailleurs sur une fausse application de la maxime *Nemo jus ignorare censetur*, qui, comme nous l'avons déjà démontré, n'est pas exacte dans le sens absolu qu'on lui prête. Toute personne est, à la vérité, censée connaître la loi; mais cette présomption n'est pas du nombre de celles qui ne peuvent, en aucun cas, être combattues par la preuve contraire. La question de savoir si les époux étaient de bonne foi présente toujours à juger un point de fait, pour la solution duquel on doit s'attacher aux circonstances particulières de chaque espèce, et notamment à la condition des époux.

[8] Nous ne fondons pas cette règle sur l'art. 2268, étranger à la matière qui nous occupe. Elle découle, à notre avis, de l'idée que nul ne doit être présumé avoir voulu sciemment contrevenir à la loi. Cpr. Delvincourt, I, p. 145; Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 1, n° 8; Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, III, 359; Zachariæ, § 465, texte et note 6. [Voy. en sens contraire: Agen, 14 juin 1890, Sir., 1893, 2, 4.]

[9] *Nemo jus ignorare censetur.* Cpr. § 28, en sens contraire: Aix, 11 mars 1858, Sir., 59, 2, 17.

Que la bonne foi ait existé chez les deux époux, ou chez l'un d'eux seulement, le mariage putatif produit toujours, en faveur des enfants issus de leur commerce, tous les effets d'un mariage valable. Il leur confère notamment le droit de succéder, comme enfants légitimes, même à l'époux de mauvaise foi et à ses parents[10].

Le mariage putatif produit ces effets, non seulement au profit des enfants conçus en état de bonne foi, mais encore en faveur de ceux qui l'ont été après la cessation de la bonne foi, pourvu que leur conception soit antérieure à l'annulation du mariage. Il en est ainsi, alors même que le mariage a été annulé pour cause de bigamie ou d'inceste[11].

D'un autre côté, le mariage putatif légitime les enfants nés antérieurement à sa célébration[12], pourvu que le

[10] *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 518, n° 56. Toullier, I, 664 et 666. Proudhon, II, p. 5. Duranton, II, 364 et 365. Vazeille, I, 276. Marcadé, sur l'art. 202, n° 4. Demolombe, III, 362. Civ. cass., 15 janvier 1816, Sir., 16, 1, 81.

[11] Voyez en ce sens les auteurs cités à la note 6 *suprà*. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 145 ; Toullier, I, 656 ; Taulier, I, p. 321 ; DuCaurroy, Bonnier et Roustain, I, 349. La restriction que ces auteurs apportent, pour cette hypothèse, à l'application des dispositions de l'art. 201 est purement arbitraire. En présence du texte formel de cet article, elle ne saurait se justifier par la considération qu'il y a pour les époux devoir moral de se séparer, dès qu'ils sont instruits de l'état de bigamie ou d'inceste dans lequel ils vivent ; et cela d'autant moins, que les conséquences de l'infraction de ce devoir moral n'atteindraient pas les époux eux-mêmes, et ne retomberaient que sur des enfants qui en sont complètement innocents.

[12] La légitimation étant un des effets civils et immédiats du mariage, elle doit résulter d'un mariage putatif, tout comme d'un mariage valable. En vain se prévaut-on, pour soutenir le contraire, des termes de l'art. 202, *enfants issus du mariage*. Ces termes, en effet, ne figurent pas dans l'art. 201, où se trouve cependant établi le principe général sur les effets du mariage putatif. En s'en tenant exclusivement à ce dernier article, l'exactitude de la proposition que nous avons émise ne saurait être contestée. Or, comme l'art. 202 a eu pour unique objet de refuser à l'époux de mauvaise foi le bénéfice des effets civils du mariage, les mots *enfants issus du mariage* ne peuvent être considérés que comme simplement énonciatifs, et il serait contraire aux règles d'une saine interprétation d'en faire ressortir, au détriment des enfants, une restriction au principe

commerce dont ils sont issus n'ait été entaché ni d'adultère [[12] *bis*] ni d'inceste[13].

Lorsque les deux époux sont de bonne foi, le mariage putatif engendre encore, en faveur de l'un et de l'autre, tous les effets qu'aurait produits un mariage valablement formé, dont la dissolution se serait opérée au moment où a été rendu le jugement qui en a prononcé l'annulation. Ainsi, les conventions matrimoniales des conjoints reçoivent leur pleine et entière exécution. Les droits respectifs des parties sur la communauté et sur les biens personnels

général posé dans l'art. 201. Nous ajouterons qu'il est à supposer que l'époux de bonne foi a été amené à se marier par le désir de procurer à ses enfants naturels le bienfait de la légitimation, et qu'en rejetant cette légitimation, on refuserait à cet époux lui-même l'avantage le plus important peut-être qu'il attendait de son union. En vain dit-on également qu'il n'y a pas de bonne foi à vivre dans le concubinage. Qu'est-ce, en effet, que la bonne foi dans la matière qui nous occupe? C'est l'ignorance, au moment de la célébration, des vices dont le mariage se trouve entaché. Un concubinage antérieur au mariage n'exclut donc pas la bonne foi exigée par les art. 201 et 202. D'ailleurs, l'argument fondé sur cette objection prouverait trop; il conduirait à refuser le bénéfice de la légitimité aux enfants nés, il est vrai, pendant le mariage putatif, mais dont la conception remonterait à une époque antérieure : la légitimité de ces enfants ne pouvant être que le résultat d'une fiction analogue à celle sur laquelle repose la légitimation, le rejet de cette fiction entraînerait nécessairement leur illégitimité. Delvincourt, I, p. 145 et 146. Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 321. Duranton, II, 356. Valette, sur Proudhon, II, p. 171 et 172. Duvergier, sur Toullier, I, 657, note *a*. Marcadé, sur l'art. 202, n° 3. Taulier, I, p. 410 et 411. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 476. Demolombe, III, 366. Zachariæ, § 465, texte et note 8, et § 458, note 2. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Légitimation, sect. II, § 2, n° 4; Proudhon, II, p. 170 et 171; Toullier, I, 657; Vazeille, I, 257.

[[12] *bis*. Réserve faite, bien entendu, des dispositions de la loi du 7 nov. 1907 (art. 331 nouveau), qui seront expliquées au § 546.]

[13] La raison en est qu'un mariage, même valable, ne peut légitimer les enfants issus d'un commerce incestueux ou adultérin. Art. 331. En vain ces enfants allégueraient-ils que leurs parents ignoraient le vice d'adultère ou d'inceste dont se trouvait infecté le commerce qui leur a donné naissance; la loi, en défendant la légitimation des enfants incestueux ou adultérins, n'a point fait d'exception à ce principe, en faveur de la bonne foi des concubins, adultères ou incestueux. Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 354 et 355. Marcadé et Taulier, *locc. citt.* Demolombe, III, 365.

se déterminent et se liquident comme au cas où un mariage valable vient à se dissoudre; et ce, dans l'état où se trouvaient les choses au moment du jugement qui a prononcé l'annulation du mariage[14]. Les deux époux conservent respectivement les avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage, pour les exercer aux conditions et aux époques auxquelles ces avantages se seraient ouverts si le mariage avait été valablement contracté[15]. Ils ont aussi le droit de retenir les avantages que des tiers leur auraient faits en vue du mariage[16]. Enfin, les deux époux conservent, sur la personne et sur les biens de leurs enfants, tous les droits attachés à la paternité et à la maternité légitimes. Mais ils perdent le droit éventuel de successibilité établi au profit du conjoint survivant, par l'art. 767[17]. [L'obligation alimentaire des art. 212 et 205 (Loi du 9 mars 1891) disparaît également, à moins que la mauvaise foi de l'un

[14] *Non obstat* art. 1445. La disposition de cet article ne peut fournir, dans l'hypothèse qui nous occupe, aucun argument d'analogie. Il n'est pas actuellement question, comme en matière de séparation de biens, de fixer le moment auquel cessera un régime matrimonial valablement établi; il s'agit de déterminer l'époque jusqu'à laquelle le régime adopté par les époux continuera, en considération de leur bonne foi, à recevoir application, malgré la nullité dont il se trouve entaché. Or, cette bonne foi doit opérer ses effets quant aux biens aussi longtemps qu'elle les produit en ce qui concerne les rapports personnels des époux. Marcadé, sur l'art. 202, n° 4. Demolombe, III, 368. Cpr. Toullier. I, 661 ; Duranton, II, 368.

[15] Cpr. art. 1093 et 1517. Proudhon, II, p. 4. Toullier. *loc. cit.* Duranton, II, 367. Vazeille, I, 284. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 369.

[16] *Non obstat*, art. 1088 ; *Non est eadem ratio.* D'ailleurs, la généralité des termes dont se servent les art. 201 et 202 n'admet aucune distinction.

[17] Le droit de successibilité n'appartenant qu'au conjoint survivant, c'est-à-dire à la personne qui se trouve encore, au moment du décès, unie au défunt par le lien du mariage, doit nécessairement s'éteindre par l'annulation antérieure de ce lien. Si le conjoint divorcé est privé de ce droit, quand même le divorce aurait été prononcé sur sa demande, et en sa faveur, à plus forte raison doit-il en être de même de l'époux dont le mariage a été précédemment annulé. Cpr. § 607, texte et note 6. Delvincourt, II, p. 68. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 767, n° 5. Duranton, II, 369. Vazeille, I, 284. Marcadé, sur l'art. 202, n° 2. Demolombe, III, 370.

des époux ne soit constitutive d'une faute de nature à faire naître à sa charge une obligation alimentaire au profit de l'autre, dans les termes de l'art. 301[17] *bis*.]

[[17] *bis*. Ces propositions se justifient aisément par les principes qui régissent les mariages putatifs. D'une part, l'obligation alimentaire des art. 205 et 212 n'est que l'un des effets du devoir de secours qui incombe à chaque époux vis-à-vis de l'autre (Cpr. § 470); elle ne saurait donc survivre à l'extinction de ce devoir de secours, qui résulte nécessairement du jugement d'annulation. Voy. en sens contraire : Rouen, 9 avril 1887, Sir., 1887, 2, 235. D'autre part, le mariage putatif devant être assimilé, quant à ses effets, à un mariage valablement formé, dont la dissolution aurait été la conséquence du jugement d'annulation (Voy. § 460, texte et note 14), il est clair que celui des époux aux torts duquel cette sorte de dissolution est due doit à l'autre la réparation du préjudice causé par sa faute. C'est la disposition expresse de l'art. 301 pour le cas de divorce et, par voie d'extension, pour le cas de séparation de corps. Cpr. § 485 (494[4]) texte et note 7. Voy. en ce sens la note de M. Labbé sous l'arrêt de la Cour d'Alger du 26 mai 1879, Sir., 1879, 2, 281. Cette obligation alimentaire, fondée sur une idée analogue à celle de l'art. 301, présente d'ailleurs, dans notre pensée, des caractères bien différents de ceux que présenterait l'obligation alimentaire des art. 212 et 205. Cpr. § 479, note 35. Elle comporterait, par exemple, comme l'obligation alimentaire de l'art. 301, la transmissibilité passive, même si l'on refusait d'admettre la transmissibilité passive de l'obligation alimentaire de l'art. 212, dans les termes de notre § 485 (494[4]) texte et note 7. Voy. en ce sens : Lyon, 4 juin 1892, Sir., 1893, 2, 60. Nous admettrions pareillement que l'époux de bonne foi, qui aurait invoqué, dans l'instance en nullité, le bénéfice des art. 201 et 202, sans conclure d'ailleurs à l'allocation d'une pension alimentaire dont il n'éprouvait pas le besoin à cette date, pourrait la demander et l'obtenir ultérieurement, comme cela se produit dans le cas de l'art. 301. Cpr. Cass., 10 mars 1891, Sir., 1891, 1, 148 et § 479, note 33. Il suit de là qu'en sens inverse, la pension alimentaire que le jugement d'annulation ou même un jugement postérieur aurait condamné l'époux de mauvaise foi à servir à l'époux de bonne foi pourrait être ultérieurement réduite, à la demande du premier, si le préjudice subi par le second, du chef de la célébration du mariage annulé, venait à disparaître, par exemple si celui-ci se remariait. Il est d'ailleurs bien entendu que cette suppression de la pension alimentaire ne pourrait se produire, dans ces conditions, qu'autant que l'allocation de cette pension aurait été accordée au conjoint de bonne foi sur le fondement de l'art. 301 et à titre de dommages-intérêts. Il se pourrait qu'il en fût autrement, par exemple que le juge eût admis, contrairement à notre opinion, la survie de l'obligation alimentaire de l'art. 212 à l'annu-

Lorsqu'un seul des époux est de bonne foi, le mariage putatif ne produit les effets civils qu'en sa faveur. Il peut donc demander que la liquidation de ses droits s'opère, soit d'après les dispositions du contrat de mariage, s'il en existe un, ou d'après les règles de la communauté légale, s'il n'en existe pas, soit d'après les principes ordinaires des sociétés[18].

La femme de mauvaise foi n'a pas d'hypothèque légale à exercer sur les biens de son mari. Mais elle jouit toujours, même à l'égard de ce dernier, du droit de renoncer à la communauté ou à la société de fait à laquelle le mariage a donné lieu[19].

L'époux de bonne foi conserve les avantages que l'époux de mauvaise foi lui a faits par contrat de mariage, sans que ce dernier puisse réclamer ceux dont le premier l'a gratifié, encore qu'ils aient été stipulés réciproques[20]. L'époux de mauvaise foi a cependant, s'il existe des enfants, le droit de retenir les avantages que des tiers lui auraient

lation du mariage, en cas de mariage putatif, et eût accordé cette pension à l'époux de bonne foi sur le fondement exclusif de ce texte, c'est-à-dire abstraction faite de toute condition et question de préjudice. Il ne saurait alors lui appartenir de modifier, à la demande de l'époux débiteur, le titre en vertu duquel la pension alimentaire aurait été accordée, et de supprimer cette pension en cas de cessation du préjudice, notamment en cas de second mariage de l'époux créancier. Rouen, 9 avril 1887, Sir., 1887, 2, 235.]

[18] Ce droit d'option est une conséquence du principe que l'époux de bonne foi peut seul réclamer les effets civils du mariage. Mais s'il opte pour une liquidation à faire d'après les dispositions du contrat de mariage, ou d'après les règles de la communauté légale, il n'est point admis à scinder ces dispositions ou ces règles, pour n'adopter que celles qui lui sont favorables et rejeter les autres. Il ne peut, par conséquent, priver l'époux de mauvaise foi de sa part aux acquêts. Cpr. Toullier, I, 663; Duranton, II, 371 et 372; Bellot des Minières, *Du Contrat de mariage*, II, p. 60 et suiv.; Demolombe, III, 375.

[19] La faculté de renoncer doit être accordée à la femme, comme une conséquence des pouvoirs exclusifs et pour ainsi dire illimités que le mari aura de fait exercés, en sa qualité de chef de la communauté. Duranton, II, 371. Demolombe, III, 374.

[20] Cpr. art. 299 et 300. Delvincourt, I, p. 144. Proudhon, II, p. 5. Toullier, I, 662. Duranton, II, 370. Vazeille, I, 284. Marcadé sur l'art. 202, n° 4, Demolombe, III, 376.

faits en vue du mariage[21]. D'un autre côté, la survenance d'enfants issus d'un mariage putatif opère la révocation

[21] Cela ne peut souffrir aucune difficulté pour les donations de biens à venir, ou de biens présents et à venir, puisque la loi exprime formellement qu'elles sont censées faites, tant dans l'intérêt des enfants à naître du mariage, que dans celui des époux. Art. 1082, 1084 et 1089. La proposition émise au texte doit également être admise quant aux donations de biens présents, puisqu'elles ne sont pas faites dans l'intérêt exclusif de l'époux donataire, mais en faveur du mariage, et que ce serait priver les enfants qui en sont issus, et l'autre époux, d'une partie des effets civils que l'union, quoique annulée, doit produire à leur profit. Demolombe, III, 381 et 382. — [Il est d'ailleurs évident que la solution serait différente, s'il avait été expressément stipulé, par le disposant, dans le contrat de mariage, que la libéralité exceptionnelle par lui faite au futur époux dans les conditions des art. 1082, 1084 et 1086, s'adressait à ce futur époux seulement, à l'exclusion des enfants à naître du mariage. Cpr. § 739, texte et notes 27 et 29. Nous raisonnerions de même pour la donation de biens présents faite en faveur du mariage, dans le cas où le disposant aurait formellement écarté, par une clause de la libéralité, l'application de l'art. 959. — Dans une opinion toute différente, on admet que la donation quelconque faite en contrat de mariage à l'époux de mauvaise foi ne saurait jamais lui profiter. Les partisans de cette opinion en arrivent alors à distinguer entre les donations exceptionnelles des art. 1082, 1084 et 1086, d'une part, et les donations de biens présents, de l'autre. Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *Des personnes*, II², n°s 1935 et 1936. Pour les donations de biens à venir de l'art. 1082, la bonne foi du conjoint auquel cette libéralité ne s'adressait pas profite aux enfants issus du mariage en ce sens que la substitution vulgaire tacite de l'art. 1082-2° s'ouvre à leur profit, comme cela se produirait certainement en cas de décès du conjoint donataire, comme cela se produirait pareillement, croyons-nous, en cas d'incapacité ou de renonciation de ce conjoint. Cpr. § 739, note 29. Pour la donation ordinaire de biens présents, comme il n'est pas possible de lui appliquer le système de substitution vulgaire de l'art. 1082-2°, et que le caractère familial qu'on lui attribue, afin de la maintenir au profit des enfants issus du mariage putatif, ne saurait jamais résulter que de la disposition de l'art. 959, qui statue exclusivement sur le cas d'ingratitude du donataire, les partisans de l'opinion que nous résumons la considèrent purement et simplement comme anéantie. — Nous ne saurions souscrire à ces conclusions. Sans doute, s'il n'y avait à tenir compte que de la libéralité en biens à venir de l'art. 1082, la séparation des effets de la nullité du mariage quant au conjoint donataire de mauvaise foi, et des effets de la bonne foi de l'autre conjoint quant aux enfants issus du mariage

des donations faites par l'un des époux à un tiers, sans

putatif, se ferait naturellement par le procédé de l'ouverture anticipée de la substitution vulgaire au profit des enfants. Pareille séparation des effets de la nullité du mariage quant au conjoint donataire de mauvaise foi et des effets de la bonne foi de l'autre conjoint quant aux enfants se comprendrait encore pour la donation cumulative de biens présents et à venir de l'art. 1084, même pour le cas où cette libéralité se ramènerait, par l'effet de l'option qu'elle implique, à une libéralité en biens présents. Cpr. § 740, note 9. Mais il est extrêmement difficile d'appliquer la même idée et le même procédé à la libéralité de l'art. 1086, qui peut être une donation ordinaire de biens présents, et dont le caractère exceptionnellement favorable ne se manifeste plus alors que par la liberté des clauses qui l'accompagnent. Dans ce cas, le système de substitution vulgaire des art. 1082 et 1084 devient inapplicable, et comme l'art. 1086 dispose néanmoins que cette libéralité est faite tant au profit des enfants à naître qu'au profit du futur conjoint donataire, il faut, de toute nécessité, pour en faire profiter les enfants en cas de mariage putatif, en maintenir l'effet au profit du donataire lui-même. Nous raisonnerons de même pour la donation ordinaire de biens présents faite en contrat de mariage, qui s'adresse pareillement, dans la pensée du donateur, aux enfants à naître du mariage, comme le présume l'art. 959 pour le cas d'ingratitude du conjoint donataire. On peut objecter sans doute, — et telle est probablement la pensée de MM. Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *loc. citat.*, — qu'il y a loin, de l'ouverture de la substitution vulgaire au profit des enfants, dans le cas des art. 1082 et 1084, au maintien, dans leur intérêt, de la libéralité en biens présents au profit du conjoint donataire de mauvaise foi. Dans cette dernière hypothèse, les enfants ne recueilleront le bénéfice de la libéralité en biens présents qu'en qualité d'héritiers du conjoint donataire, tandis que l'ouverture de la substitution vulgaire dans le cas des art. 1082 et 1084 ne suppose pas cette condition. Nous répondrons que les effets du mariage putatif au profit des enfants ne se produisent parfois à leur profit qu'autant qu'ils viennent à la succession du conjoint de mauvaise foi. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand la naissance de l'enfant issu du mariage putatif entraîne, conformément à l'art. 960, la révocation d'une donation antérieurement faite à un tiers par le conjoint de mauvaise foi. Voy. note 22 *infrà* et § 709, texte n° 4. — En résumé, comme il est impossible d'appliquer aux libéralités en biens présents, quelles qu'elles soient, faites en contrat de mariage, le système de substitution vulgaire des art. 1082 et 1084, qui ne peut fonctionner que pour les libéralités en biens à venir ou en biens présents et à venir, comme il est, d'ailleurs, inadmissible que les effets du mariage putatif ne se produisent pas, quant à ces libéralités en biens présents, au profit

qu'il y ait à distinguer si l'époux donateur était de bonne foi ou s'il était de mauvaise foi[22].

L'époux de bonne foi conserve, sur la personne et sur les biens de ses enfants, tous les droits qui découlent de la paternité et de la maternité légitimes. L'époux de mauvaise foi en est, au contraire, privé. Ainsi, par exemple, il est exclu de la succession légale de ses enfants; mais cette exclusion lui est personnelle, et ne s'étend pas à ses parents, en faveur desquels on doit nécessairement admettre le principe de la réciprocité[23].

Les difficultés que présente la liquidation des droits des deux femmes d'un bigame, lorsqu'elles se sont mariées l'une et l'autre sous le régime de communauté, doivent, à notre avis, être résolues de la manière suivante : Les droits de la première femme sont à régler comme s'il n'existait pas de second mariage, et qu'il ne se fût formé entre le mari et la seconde femme qu'une société ordinaire. Elle pourra donc réclamer la moitié de la communauté, telle qu'elle existera au jour de sa dissolution, sous déduction toutefois des reprises de la seconde femme, et d'une part proportionnelle aux apports de celle-ci dans les acquêts faits depuis le second mariage. Quant à la seconde femme, en la supposant de bonne foi, elle prendra la moitié de la communauté, telle qu'elle existera au jour de l'annulation ou de la dissolution de son mariage, sous déduction cepen-

des enfants, même s'il faut aller, pour cela, jusqu'au maintien de la libéralité au profit du conjoint donataire de mauvaise foi, comme, enfin, il est difficile de distinguer entre les libéralités en biens à venir des art. 1082 et 1084, d'une part, et les libéralités ordinaires en biens présents, d'autre part, soit à cause de leur caractère familial commun, soit à cause de leurs rapports avec la libéralité exceptionnelle en biens présents de l'art. 1086, qui tient à la fois des unes et des autres, nous persistons à penser que les effets du mariage putatif sur toutes ces libéralités se produisent, dans l'intérêt des enfants nés du mariage, d'abord et nécessairement dans la personne du conjoint donataire, même de mauvaise foi.]

[22] Voy., pour le développement de cette proposition, § 709, texte n° 4.

[23] Duranton, II, 366. Vazeille, I, 282. Marcadé, sur l'art. 202, n° 4. Demolombe, III, 372. Zachariæ, § 465, texte et note 9.

dant des droits de la première femme, fictivement liquidés au jour de la célébration de ce mariage, et d'une part proportionnelle à ces droits dans les acquêts faits depuis cette époque[24].

[Le juge appelé à statuer sur la nullité absolue ou relative du mariage n'est saisi de la question de savoir si ce mariage présente les caractères et produit les effets d'un mariage putatif que par les conclusions des parties[25].

[24] Le système que nous proposons est, quant à la liquidation des droits de la première femme, conforme à l'opinion de Marcadé (sur l'art. 202, n° 4); mais il en diffère quant au règlement de ceux de la seconde. Suivant cet auteur, en effet, la seconde femme prendrait la moitié de la communauté, telle qu'elle existe au jour de l'annulation ou de la dissolution de son mariage, sans aucune déduction préalable en raison des droits de la première femme. Mais ce procédé, d'après lequel on fait entrer comme actif net dans la communauté formée avec la seconde femme l'intégralité des valeurs dont le mari se trouve détenteur, en qualité de chef de la communauté formée avec la première femme, est évidemment inadmissible. Les droits de celle-ci sur le fonds commun, détenu par le mari au moment de la célébration du second mariage, constituent tout au moins un passif à la charge de ce dernier, passif dont il faut nécessairement tenir compte pour fixer le montant réel de son apport dans la communauté formée par suite de ce mariage. Cpr. Demolombe, III, 377; Bordeaux, 15 mai 1852, Sir., 52, 2, 609. — Un autre système a été proposé par Toullier (I, 608), Vazeille (I, 285) et Duranton (III, 373). D'après ces auteurs, la liquidation devrait se faire comme s'il était question de deux sociétés contractées entre personnes étrangères, et dont la durée se trouverait déterminée par la cohabitation du mari avec chacune de ses femmes. Ce système, qui lèserait évidemment les droits de la première femme, est réfuté d'une manière péremptoire dans l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux.

[[25] Voy. en ce sens : Cass., 30 juillet 1900 (motifs), Sir., 1902, 1, 225. M. Huc, II, n° 169, pense au contraire que l'époux défendeur à l'action en nullité conclut implicitement à l'application des art. 201 et 202, que, par conséquent, le juge saisi de cette action l'est par là même de la question de savoir si le mariage attaqué peut être considéré comme putatif, d'où il suit, non seulement que le juge peut statuer, dans ces conditions, sur l'application des art. 201 et 202, sans qu'on puisse lui reprocher de statuer *ultra petita*, mais encore qu'il se trouverait, s'il omettait de statuer sur cette application, définitivement dessaisi, tant vis-à-vis des enfants que vis-à-vis des époux, de la question de savoir si le mariage annulé présente ou non les caractères d'un mariage putatif, et ne pourrait plus, même

Dans le cas où les époux concluraient principalement à la validité du mariage et subsidiairement à l'application des art. 201 et 202, le juge du fait ne pourrait à la fois

sur la demande nouvelle qui en serait faite, appliquer aux intéressés les art. 201 et 202. MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II², n° 1910, partagent cette manière de voir, tout au moins en ce qui concerne la seconde conséquence qui se tire du principe dont part M. Huc. Ils sont beaucoup moins affirmatifs sur la première, *loc. cit.*, n° 1911. Les deux conséquences nous paraissent cependant liées l'une à l'autre, et la raison de principe que donnent MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade à l'appui de la seconde vaut également pour la première. Le mariage putatif, disent ces jurisconsultes, n'est pas autre chose que le maintien de certains des effets du mariage au moment même où ces effets devraient être anéantis par l'annulation : lors donc que l'annulation se produit judiciairement sans que cette réserve de certains effets du mariage soit faite, tous les effets du mariage se trouvent uniformément et définitivement anéantis, parce qu'ils sont nécessairement compris dans le dispositif du jugement qui prononce la nullité. — Cette argumentation ne nous paraît pas exacte. Le mariage putatif est tout autre chose que le maintien de certains des effets du mariage : c'est le maintien fictif du mariage lui-même, dans l'intervalle de la célébration à l'annulation, au profit de certaines personnes et sous certaines conditions, ce qui est tout différent. Voy. le texte des art. 201 et 202. Il paraît dès lors bien difficile d'admettre que l'époux défendeur à l'action en nullité soit réputé soutenir, non seulement que le mariage dont il se prévaut est valable, mais encore que, à supposer qu'il soit nul, il doit continuer quand même à produire tous ses effets en ce qui le concerne. Les deux questions sont profondément distinctes : on ne peut pas dire que le juge saisi de la première le soit, par là même, de la seconde, considérée comme la conséquence possible de l'une des solutions qui peuvent intervenir sur la première. Dès lors, le juge qui statuerait sur la seconde sans en être régulièrement saisi par les conclusions des parties statuerait certainement *ultra petita*. Cpr. Garsonnet, *Traité de Procédure*, VI², n° 2358, et les exemples qu'il donne des cas dans lesquels le juge peut statuer sur les conséquences de la décision qu'il rend quant aux points dont il est régulièrement saisi, sans être d'ailleurs saisi expressément de ces conséquences elles-mêmes. Cpr. sur l'indépendance respective de la question de nullité du mariage et de la question de la bonne foi des époux, la note suivante. — Repoussant cette première conséquence de la doctrine de M. Huc, nous n'hésitons pas à repousser également la seconde. La question de savoir si le mariage annulé présente ou non les caractères d'un mariage putatif, peut, à notre avis, être soulevée ultérieurement par les

reconnaître principalement la validité du mariage et appliquer subsidiairement les art. 201 et 202[26].

intéressés, quand le juge qui a prononcé la nullité n'a pas statué sur elle.]

[[26] C'est cependant ce qu'a jugé la cour de Rouen (6 avril 1887, sous Cass., Sir., 1890, 1, 145). Écartant le moyen de nullité invoqué, dans l'espèce, par les collatéraux, elle appliqua, subsidiairement, au mariage qu'elle déclarait valable, les art. 201 et 202. Les collatéraux introduisirent un pourvoi en cassation, tant contre la partie du dispositif qui écartait la nullité, en invoquant d'ailleurs des moyens dont l'indication n'aurait pas d'intérêt dans cette note, que contre la partie du dispositif qui admettait subsidiairement l'application des art. 201 et 202, en alléguant l'indivisibilité des deux questions résolues par la cour de Rouen, et la nécessité, pour la cour suprême, d'étendre à la seconde question la cassation à intervenir sur la première. La chambre civile de la cour de cassation, contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Desjardins, se prononça pour la division des deux questions; elle cassa l'arrêt de la cour de Rouen, mais seulement du chef de la partie du dispositif qui écartait la nullité. Nous pensons, avec M. Desjardins, et avec M. Labbé (voy. la note sous l'arrêt de cassation du 25 mars 1889, Sir., 1890, 1, 145) que l'arrêt de la cour de Rouen ne pouvait être cassé, comme le soutenait le pourvoi, que dans l'ensemble de son dispositif. Nous reconnaissons d'ailleurs volontiers que l'argumentation du pourvoi, ramenant la question de savoir si la cassation pouvait ou non se limiter à la première partie du dispositif à une question de divisibilité ou d'indivisibilité du dispositif pris dans son ensemble, n'était pas heureuse. Il y a là tout autre chose qu'une question de divisibilité ou d'indivisibilité. La raison décisive de la nécessité d'étendre la cassation à la totalité du dispositif a été résumée d'un mot par M. l'avocat général Desjardins : on ne conçoit pas qu'une cour d'appel puisse déclarer un mariage principalement valable et subsidiairement nul (pour lui appliquer les règles du mariage putatif). La cour d'appel, ajoute M. Labbé, en s'appropriant les conclusions principales en validité prises par le défendeur à la nullité, se dessaisissait, par là même, en droit, à des conclusions subsidiaires à fin d'application des art. 201 et 202. Elle ne pouvait retenir les conclusions subsidiaires en même temps que les conclusions principales qu'en commettant un véritable excès de pouvoirs, qui aurait dû entraîner la cassation totale. MM. Desjardins et Labbé se demandent avec raison, en terminant, et nous nous demandons avec eux, pour le cas où la cour de renvoi, saisie évidemment, même par la cassation partielle du premier arrêt d'appel, de la question de nullité du mariage, dans son ensemble et sous toutes ses faces, aurait prononcé la nullité et jugé en même temps que cette nullité ne comportait aucune exception du chef

La chose jugée sur l'application des art. 201 et 202 dans l'action en nullité dirigée par ou contre les époux profite ou nuit aux mêmes personnes auxquelles profite ou nuit le jugement prononçant la nullité du mariage, mais dans le cas seulement où l'application des art. 201 et 202 a été écartée par le juge[27]. Dans le cas contraire, le jugement rendu ne produit ses effets, quant au caractère putatif du mariage, que dans les rapports des parties en cause[28].

Les enfants peuvent d'ailleurs se prévaloir de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux et demander à leur profit l'application des art. 201 et 202, dans les conditions du droit commun, en exerçant l'un quelconque des droits qui résulte pour eux de l'application de ces textes et l'action qui le sanctionne[29].

de la prétendue bonne foi des époux, comment aurait pu se résoudre le conflit entre le premier arrêt d'appel et l'arrêt de la cour de renvoi sur ce point.]

[27 En attribuant, dans cette hypothèse, la même extension à la chose jugée sur la question de la nullité du mariage et à la chose jugée sur la question du mariage putatif, nous ne méconnaissons ni la séparation que nous avons établie, à d'autres points de vue, entre ces deux questions, ni la conséquence que nous en avons tirée quant à la saisine du juge. Cpr. notes 26 et 26 *suprà*. Si nous pensons que, dans cette hypothèse, la chose jugée sur le mariage putatif doit profiter ou nuire aux mêmes personnes auxquelles profite ou nuit la chose jugée sur la nullité, la raison en est que l'exception que nous avons apportée à l'effet ordinaire de la chose jugée, en matière de nullité de mariage, se justifie par des considérations qui s'appliquent, sans rien perdre de leur force, à la question du mariage putatif, mais, bien entendu, dans cette hypothèse seulement. Cpr. la note suivante, et § 459, texte et note 2 *quater*.]

[28 C'est la solution que nous donnons, § 459, note 2 *quater*, pour les jugements qui statuent dans le sens de la validité du mariage. Cette solution est vraie, selon nous, quelle que soit la raison sur laquelle la validité du mariage est fondée.]

[29 Voy. p. ex. Agen, 14 juin 1890, Sir., 1893, 2, 4. La raison de la proposition énoncée au texte est que le mariage putatif, bien loin de se ramener, comme le voudraient des jurisconsultes dont nous ne partageons pas l'opinion (Cpr. note 25 *suprà*) au maintien de certains des effets du mariage, n'est autre chose que le mariage lui-même, dont le maintien fictif au profit des enfants n'a pas été, par hypothèse, mis en question devant le juge qui a prononcé la nullité. Les enfants invoquent dès lors le mariage putatif dans les mêmes

Le droit d'invoquer les dispositions des art. 201 et 202 n'est pas un droit attaché à la personne, au sens de l'art. 1166[30]].

B. SPÉCIALITÉS.

Des empêchements de mariage.

a. *Des empêchements dirimants.*

§ 461.

Des empêchements dirimants qui entraînent une nullité absolue.

1° Énumération de ces empêchements.

Ils résultent de l'absence de l'une ou de l'autre des trois conditions suivantes :

Les époux doivent avoir atteint l'âge requis pour contracter mariage. Cet âge est de dix-huit ans accomplis pour les hommes, et quinze ans accomplis pour les femmes[1]. Art. 144.

Les époux doivent être libres de tout lien conjugal antérieur. Nul ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Art. 147 cbn. 227.

Cette dissolution, qui ne [résultait, depuis la loi du 8 mai 1816], que de la mort naturelle de l'un des conjoints, [peut] également s'opérer, [depuis la loi du 27 juillet 1884], par un divorce légalement prononcé[2]. [Elle] se trouvait en

conditions dans lesquelles ils invoqueraient le mariage lui-même, si la nullité n'en avait pas été prononcée. Quant à la preuve qu'il leur appartient néanmoins de faire, tout au moins dans le cas où la bonne foi des époux a été le résultat d'une erreur de droit (Cpr. § 460, note 9) et même, dans une opinion différente de la nôtre, dans le cas où la bonne foi des époux a été le résultat d'une erreur de fait, cette obligation leur est imposée comme leur serait imposée celle de faire la preuve du mariage, d'ailleurs valable, de leurs parents, quand la réalité en est contestée. Cpr. art. 197, 198.]

[[30] En tant, bien entendu, qu'il s'agit d'un intérêt pécuniaire lié à la question du mariage putatif. Cpr. § 312, textes et notes 41 et 42.]

[1] Voy. cep. art. 145 ; et § 453, texte *in fine*.

[2] La loi du 8 mai 1816, qui a aboli le divorce pour l'avenir, n'a

outre attachée, jusqu'à la loi du 31 mai 1854, à la mort civile encourue par l'un des époux [3].

La nullité d'un premier mariage pouvant être proposée comme exception préjudicielle à la demande en annulation dirigée contre le second, il en résulte que l'empêchement produit par l'existence d'un premier mariage, non encore dissous, n'est dirimant que dans le cas où ce mariage a été valablement formé [4]. Art. 189.

A l'inverse, un second mariage peut être attaqué pour cause de bigamie, quoique le premier ait été suivi d'un divorce, si ce divorce n'a pas été légalement prononcé [5].

Enfin, les époux ne doivent être ni parents, ni alliés

pas défendu aux époux régulièrement divorcés avant sa promulgation de se remarier ultérieurement. En ne restreignant aux effets de la séparation de corps, que les arrêts et jugements restés sans exécution par suite de la non-prononciation du divorce, l'art. 2 de cette loi reconnaît implicitement que les divorces définitivement consommés doivent continuer à produire tous les effets qui s'y trouvaient attachés, d'après la législation sous l'empire de laquelle ils ont été prononcés, notamment celui de dissoudre complètement le lien du mariage, et de lever ainsi l'obstacle que ce lien aurait apporté à une [seconde] union. La question, il faut bien le remarquer, n'est pas de savoir si la loi du 8 mai 1816 aurait pu, sans rétroactivité, enlever aux époux antérieurement divorcés la faculté de se remarier, mais si, en réalité, elle l'a fait. Or, la [solution] négative de cette dernière question nous paraît d'autant plus certaine, que le projet de loi, sur les effets de l'abolition du divorce, présenté aux deux Chambres vers la fin de 1816, contenait un article qui interdisait aux époux divorcés de se remarier, l'un avant le décès de l'autre, et reconnaissait ainsi que cette prohibition ne résultait pas de la loi du 8 mai 1816. Vazeille, I, 103, *in fine*. — Cpr. sur la question de savoir si un étranger, légalement divorcé dans son pays, depuis la loi du 8 mai 1816, peut contracter mariage en France; § 469, texte et note 10.

[3] Cpr. [notre quatrième édition,] § 82, texte et note 15; § 83, texte, notes 5 et 7; § 83 *bis*, texte *in fine*, et note 6; § 473, texte et note 1.

[4] Mais l'existence d'une première union, même entachée de nullité, constitue toujours un empêchement prohibitif, qui ne peut être levé que par l'annulation de cette union. Cpr. § 463, texte et note 1.

[5] Cpr, Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 184; Vazeille, I, 224; Zachariæ, § 466, texte et note 2; Civ. rej., 13 août 1806, Sir., 16, 1, 343. Req. rej., 25 février 1818, Sir., 18, 1, 41; Civ. cass., 7 novembre 1838, Sir., 38, 1, 865.

entre eux, aux degrés auxquels la loi prohibe le mariage. Cpr. art. 161 à 163.

La parenté légitime [6] forme un empêchement de mariage, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants, et en ligne collatérale, entre les frères et sœurs, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu [7].

La parenté naturelle [légalement établie, [7 bis]] engendre

[6] Nous entendons ici par parenté légitime celle qui a sa source dans le mariage. La parenté fictive, résultant de l'adoption, ne produit, à notre avis, qu'un empêchement prohibitif. Cpr. art. 348; § 463, texte et note 3.

[7] Sauf dans ces derniers cas, la levée de l'empêchement au moyen d'une dispense. Cpr. art. 164, et § 453. — Voy. sur le mariage du grand-oncle et de la petite-nièce : § 464, texte n° 5.

[[7] *bis*. La nécessité d'une preuve régulière de la filiation naturelle génératrice de l'empêchement dirimant dont il est question au texte est vivement controversée. Des auteurs considérables (Demol., III, nos 107 et 108) pensent que cet empêchement résulte de la filiation naturelle indépendamment de la constatation régulière de celle-ci et alors même qu'elle ne serait pas légalement établie. Ces auteurs font remarquer que les art. 161 et 162 n'exigent pas cette condition, que les textes qui visent la filiation naturelle exigent ordinairement (Cpr. art. 158, 331, 383, 756) et que cela est d'autant plus significatif que le tribunal d'appel de Lyon avait précisément demandé que cette condition fût ajoutée au texte. On fait observer aussi que l'empêchement dirimant qui s'attache, selon nous, à la filiation hors mariage ne doit pas moins résulter de la filiation adultérine que de la filiation naturelle simple, que la filiation adultérine ne saurait être légalement établie, et qu'il faut, dès lors, ou bien n'exiger la preuve régulière de la filiation résultant des relations hors mariage qu'autant qu'il s'agit de la filiation naturelle simple, et soumettre ainsi à deux régimes différents la filiation naturelle simple et la filiation adultérine, entre lesquelles il semble qu'il serait plus rationnel de ne faire aucune distinction sous ce point de vue, ou bien reconnaître que l'empêchement dirimant qui résulte de l'une et de l'autre est indépendant de la preuve régulière de la filiation dans les deux cas. Voy. en ce sens, Trib. Versailles, 13 janvier 1892, Sir., 1892, 2, 92. — Cette argumentation ne nous paraît pas solide. Le rapprochement que l'on fait entre la rédaction des art. 161 et 162 et celle des autres textes qui visent la filiation naturelle ne serait probant qu'autant qu'il serait établi que la proposition du tribunal d'appel de Lyon a été intentionnellement rejetée, ce qui n'est pas. Cette proposition n'a pas eu de suite, sans doute parce qu'on a jugé superflue l'addition qu'elle avait pour objet, les règles du droit commun sur la preuve de la filiation naturelle devant s'appliquer

un empêchement de mariage, en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants, et en ligne collatérale, entre les frères et sœurs [8].

L'alliance résultant d'un mariage actuellement dissous produit, alors même qu'il n'en existe pas d'enfants [9], un empêchement de mariage entre chacun des ci-devant conjoints et les parents légitimes ou naturels [10] de l'autre, savoir, en ligne directe ascendante et descendante, à l'infini, et en ligne collatérale, jusqu'au degré de frère et sœur inclusivement [11]. On doit, sous ce rapport, assimiler à l'alliance civile proprement dite, c'est-à-dire à celle qui résulte d'un mariage valable, l'affinité naturelle qui s'est formée par un mariage depuis annulé [12],

d'elles-mêmes à toute situation pour laquelle il n'y a pas été expressément dérogé. Quant à l'observation qu'on fait au sujet de la filiation adultérine, nous répondrons que la formule que nous donnons au texte s'applique à cette sorte de filiation aussi bien qu'à la filiation naturelle simple. puisqu'il y a des cas où elle peut être légalement établie, malgré la disposition contraire des art. 335 et 342. Cpr. § 372, texte et notes 18 à 21. L'argumentation du tribunal de Versailles sur ce point se réduit donc à cette constatation de fait que l'empêchement dirimant qui résulte de la filiation adultérine est appelé, dans la réalité, à produire ses effets plus rarement que celui qui résulte de la filiation naturelle simple, puisque la preuve légale de celle-ci se fait plus librement que la preuve légale de celle-là. Il n'y a là qu'une considération de fait, qui ne nous paraît pas d'un grand poids. Planiol, I[6], n° 727.]

[8] Le mariage est permis entre personnes unies par un lien de parenté naturelle, au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Arg. *a contrario*, art. 163 cbn. 161 et 162. Maleville, sur l'art. 163. Toullier I, 538. Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 3. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 93. Duranton, II, 172. Marcadé, sur l'art. 163, n° 2. Demolombe, III, 106. Zachariæ, § 466, note 6. Voy. en sens contraire : Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 582.

[9] Paris, 18 mars 1850. Sir., 50, 2, 593. Cpr. § 67, note 11.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Affinité, n° 1. Duranton, II, 155. Vazeille, I, 107. Paris, 18 mars 1850. Sir., 50, 2, 593.

[11] Ainsi, le mariage est permis entre des alliés au degré d'oncle et de nièce, de tante et de neveu. Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 3. Maleville. I, p. 179. Toullier. I, 538. Duranton, II, 171. Marcadé. sur l'art. 163. n° 2. Vazeille, I, 113. Taulier, I, p. 281. Demolombe, III, 111. Demante, *Cours*, I, p. 318. Zachariæ, § 466, texte et note 7. Req. rej., 10 novembre 1858, Sir., 59, 1, 69.

[12] En effet, l'annulation d'un mariage ne détruit pas l'affinité

ou même par un commerce illicite [13], à supposer d'ail-

naturelle qu'a produite le commerce des deux époux (Cpr. § 459); et cette affinité suffit, à notre avis, pour créer un empêchement de mariage. Cpr. note 13 *infrà*. MM. Duranton (II, 159) et Demolombe (III, 112) adoptent notre manière de voir pour l'hypothèse où, à raison de la bonne foi des époux, le mariage, quoique annulé, produit les effets civils; mais ils la rejettent dans l'hypothèse contraire, avec cette différence cependant que, comme correctif de son opinion, le premier de ces auteurs admet, pour cette hypothèse, l'existence d'un empêchement simplement prohibitif. La distinction que font MM. Duranton et Demolombe, entre le cas de bonne foi et celui de mauvaise foi, est fondée sur une application erronée, selon nous, des art. 201 et 202, dont l'unique objet est de faire maintenir, au profit des époux de bonne foi, les effets civils que le mariage a produits jusqu'au moment de son annulation. Ce serait aller directement contre les dispositions de ces articles et en étendre illégalement la portée, que d'en faire découler, au détriment de ces mêmes époux, un empêchement qui continuerait de subsister même après l'annulation du mariage. Une incapacité ne saurait de sa nature survivre à l'anéantissement de la cause qui l'avait en apparence produite. Si donc il fallait admettre que l'alliance civile proprement dite engendre seule un empêchement de mariage, on devrait, pour être conséquent, aller jusqu'à dire que, malgré la bonne foi des époux, l'annulation de leur union a pour effet de faire disparaître tout empêchement de mariage entre l'un d'eux et les parents de l'autre. Ne serait-il d'ailleurs pas bizarre que l'époux de mauvaise foi fût autorisé à se marier avec un parent de son conjoint, et qu'il y eût pour l'époux de bonne foi empêchement légal de contracter mariage avec un parent du premier? Quant à l'espèce de moyen terme que propose M. Duranton pour l'hypothèse où les époux sont de mauvaise foi, il nous paraît complètement arbitraire: ou l'empêchement existe ou il n'existe pas; s'il existe, on ne voit pas pourquoi, dirimant au cas de bonne foi, il serait simplement prohibitif dans celui de mauvaise foi. Voy. dans le sens de notre opinion: *Observations* de Sirey, Sir., 8, 2, 274. [Voy. en sens contraire : Laurent, II, n° 353. Huc, II, n° 62, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, II², n° 1545.]

[13] La question de savoir s'il peut résulter d'un commerce illégitime une affinité naturelle, susceptible de former un empêchement de mariage entre l'une des personnes qui a vécu dans ce commerce et les parents de l'autre, est fortement controversée. Voy. pour l'affirmative : Zachariæ, § 466, texte et note 8. Voy. pour la négative : Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 3, n° 3; Vazeille, I, 108; Duranton, II, 157 et 158; Valette, sur Proudhon, I, p. 402; Demolombe, III, 112. Ces auteurs se fondent sur ce que l'alliance ne peut résulter que du mariage, et sur ce que la loi ne

permet de rechercher la preuve du concubinage que pour punir l'adultère. Mais le premier de ces motifs est une véritable pétition de principe, puisque le Code n'a point défini l'alliance et que le Droit canonique donne positivement le nom d'affinité au lien naturel qu'engendre un commerce illégitime. Il était généralement admis autrefois, comme l'atteste Pothier (*Du contrat de mariage*, n° 162), que cette espèce d'affinité engendrait un empêchement de mariage. Or il est difficile de croire que les rédacteurs du Code aient voulu répudier cette jurisprudence, fondée sur les motifs les plus graves de morale et d'honnêteté publique, et autoriser ainsi le mariage d'un concubinaire avec la propre fille de sa concubine. Le second motif invoqué à l'appui de l'opinion que nous combattons, est moins concluant encore que le premier, puisque la preuve d'un commerce illicite peut se trouver légalement établie par la reconnaissance d'un enfant naturel, que son père et sa mère auraient tous deux reconnu. [C'était précisément le cas dans le procès sur lequel a statué, d'ailleurs en sens contraire de l'opinion que nous défendons, le tribunal de la Seine, le 21 juin 1907, Sir., 1908, 2, 183.] Nous persistons d'autant plus dans notre manière de voir que, suivant l'opinion contraire, on est forcé d'admettre que, quand un mariage a été annulé, chacun des ci-devant conjoints peut se marier avec les parents de l'autre. — Taulier (I, p. 277 et 280) et Marcadé (sur l'art. 161, n° 3), tout en admettant, comme nous, que l'affinité naturelle crée un empêchement de mariage, limitent cet empêchement à la ligne directe. Ce système intermédiaire nous paraît manquer de conséquence. [Voy. en sens contraire de notre opinion: Trib. Seine, 21 juillet 1907, Sir., 1908, 2, 183. Cpr. Chambéry, 7 février 1885, Sir., 1886, 2, 217 et la note de M. Chavegrin. Il s'agissait, dans cette dernière hypothèse, d'un mariage contracté par deux sujets sardes, avant l'annexion de la Savoie à la France, par conséquent sous l'empire de la loi sarde. Dans ces conditions, la cour de Chambéry a fait aux conjoints, très justement selon nous, l'application de la loi sarde qui rangeait l'affinité naturelle au nombre des causes de nullité du mariage. Mais elle a réservé, dans les considérants de son arrêt, pour toute autre hypothèse qui ne mettrait pas en jeu l'application de la loi étrangère, la solution qu'elle prête à la loi française et qui est celle que nous avons combattue. M. Chavegrin approuve cette interprétation de la loi française par la cour de Chambéry, mais va encore plus loin qu'elle, en ce sens qu'il admet que les raisons qu'on peut faire valoir à l'appui de la validité du mariage malgré l'affinité naturelle des conjoints, sont tellement fortes, qu'elles imposent cette solution, non seulement pour les mariages soumis à la loi française, mais même pour les mariages contractés sous l'empire de la loi étrangère antérieurement à l'annexion. Cette solution, qui ne peut s'expliquer, nous semble-t-il, que par l'idée que la détermination des empêchements dirimants en matière de mariage fait partie des lois de police et de sûreté (Cpr. § 31, texte et note 5), et que la distinction

leurs que la preuve en soit légalement établie[14].

2° Des personnes admises à proposer la nullité résultant de l'un ou de l'autre de ces empêchements.

L'action en nullité appartient, quelle qu'en soit la cause, à l'un et à l'autre conjoints. Art. 184.

Ainsi, la nullité résultant de ce que l'un des époux n'avait point encore atteint l'âge exigé par la loi, ou se trouvait déjà engagé dans les liens d'une première union, peut être proposée même par l'époux pubère[15], ou par l'époux bigame[16].

L'action en nullité compète, d'un autre côté, à tous ceux qui ont un intérêt légitime à faire prononcer la nullité du mariage. Art. 184.

des lois de police et de sûreté et des lois ordinaires se fait de même et comporte les mêmes conséquences dans les conflits qui s'élèvent entre la loi française et les lois étrangères, indépendamment de toute condition d'annexion, aussi bien que dans ceux qui supposent une annexion de territoire, nous paraît, en tout cas, quelque opinion qu'on professe sur les effets de l'affinité naturelle sur les mariages soumis à la loi française, tout à fait excessive. Cpr. § 31, texte et note 27.]

[14] Cpr. § 567, texte n° 5: § 569, texte et note 7; Demolombe, III, 113; Nîmes, 3 décembre 1811, Sir., 12, 2, 138. [La cour de Nîmes précise: il s'agit d'un commerce illicite dont la preuve est légalement établie à l'époque où l'empêchement est opposé. Nous ferons observer qu'en exigeant cette preuve du commerce illicite d'où résulte, selon nous, l'empêchement dirimant, nous pensons échapper à l'objection la plus sérieuse qu'on peut faire contre l'admission de cet empêchement dirimant, et qui tient au caractère scandaleux des recherches que l'allégation de cet empêchement dirimant est de nature à provoquer: à raison de la nature de la preuve que nous exigeons, ces recherches se réduisent à peu de chose, et le scandale se sera déjà produit en dehors d'elles.]

[15] Toullier, I, 623. Duranton, II, 315 et 316. Marcadé, sur l'art. 184. Demolombe, III, 300. Zachariæ, § 466, texte et note 9. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 148.

[16] *Discussion au Conseil d'État*, Locré, *Lég.*, IV, p. 365, n° 43. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 4 sur l'art. 184. Toullier, I, 632. Duranton, II, 324 et 325. Marcadé et Demolombe, *locc. citt.* Zachariæ, § 466, texte et note 10. Paris, 8 juin 1816, Sir., 18, 2, 30. Req. rej., 25 février 1818, Sir., 19, 1, 41.

On doit ranger dans cette classe :

a. L'époux dont le conjoint a contracté une seconde union avant la dissolution de la première [16 *bis*]. Les droits et les intérêts de cet époux se trouvant lésés par le fait même du second mariage, il peut exercer immédiatement, et du vivant même de son conjoint, l'action en nullité que la loi lui accorde. Art. 188.

b. Les ascendants [17] de l'un ou de l'autre époux [18], à quelque degré qu'ils se trouvent [19]. La loi leur reconnaît implicitement, à raison même de leur qualité, un intérêt d'affection et d'honneur, en vertu duquel ils peuvent exercer, du vivant des deux époux, l'action en nullité qui leur compète, lors même qu'ils n'auraient, sous le rapport pécuniaire, aucun intérêt actuel à provoquer l'annulation du mariage [20]. [Il en serait d'ailleurs autrement du

[16 *bis.* Il est d'ailleurs bien entendu que l'époux régulièrement divorcé ne pourrait pas agir en nullité du nouveau mariage de son ancien conjoint, même en se présentant comme créancier de la pension alimentaire à laquelle le divorce prononcé à son profit lui donnerait droit. Cass., 24 mai 1892, Sir., 1892, 1, 299. Cpr. § 454, note 22 *bis.*]

[17] Que les ascendants soient compris dans l'art. 184, sous les expressions *tous ceux qui y ont intérêt*, c'est ce qui ne peut faire la matière d'un doute sérieux en présence de l'art. 186. En déclarant les ascendants non recevables à provoquer, dans un cas spécial, l'annulation du mariage, ce dernier article présuppose nécessairement que ces personnes jouissent, en thèse générale, de l'action en nullité qu'il ne leur refuse que par exception. Voy. cep. Toullier, I, 626 et 683. — La seule question est de savoir de quelle nature doit être l'intérêt des ascendants. Cpr. texte et note 20 *infrà.*

[18] Ainsi, les ascendants de l'époux pubère peuvent attaquer le mariage qu'il a contracté avec une impubère. *Lex non distinguit.* Vazeille, I, 245. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 303. Voy. en sens contraire : Toullier et Duvergier, I, 626.

[19] Ainsi, les ascendants jouissent concurremment, et non pas seulement graduellement, ou à défaut les uns des autres, du droit de demander la nullité du mariage. *Lex non distinguit. Nec obstat* art. 173 : L'action en nullité est accordée d'une manière beaucoup plus large que le droit d'opposition. Marcadé, *loc. cit.* Voy. cep. en sens contraire : Toullier, I, 643; Duranton, II, 317; Demolombe, III, 303.

[20] Cela résulte : 1° Par argument *a contrario*, des dispositions de l'art. 187. 2° De l'art. 191 : En opposant les *ascendants* aux personnes qui ont *un intérêt né et actuel* à faire prononcer la nullité

second conjoint de l'ascendant : l'action en nullité du mariage du descendant du premier lit de son conjoint ne saurait lui appartenir [20 bis].

c. Enfin, toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert, à faire prononcer la nullité du mariage. Tels peuvent être, par exemple, les créanciers des époux [21], leurs parents collatéraux, et les enfants que

du mariage, cet article donne clairement à entendre que l'action en nullité des ascendants n'est pas subordonnée à l'existence d'un intérêt pécuniaire actuellement ouvert. Locré, sur l'art. 184. Delvincourt, I, p. 148. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 187. Vazeille, I, 218 et 246. Marcadé, *loc. cit.* Demolombe, III, 301. Allemand, I, 531 et 532. Zachariæ, § 466, texte et note 12. Toullier, I, 633 ; Duranton, II, 328.

[[20] *bis*. L'esprit de la loi ne le permet pas. Cpr. art. 187. Lyon, 18 janvier 1894, Sir., 1897, 2, 113.]

[21] Cpr. § 312, note 31 ; Valette, sur Proudhon, p. 428, note 6 ; Marcadé, *loc. cit.* ; Demolombe, III, 305. Zachariæ, § 466, note 11 ; Metz, 7 février 1854, Sir., 54, 2, 659. [Le caractère de l'action en nullité des créanciers des époux est d'ailleurs très contesté. Comme il ne leur est pas permis d'agir en nullité quand la nullité du mariage est purement relative, parce que le droit d'invoquer la nullité nous apparaît alors comme un droit attaché à la personne des époux, au sens de l'art. 1166 (Cpr. § 462, note 50, et § 312, note 31), on en a conclu que leur droit d'agir en nullité, quand la nullité du mariage est une nullité absolue, se rattache, lui aussi, à la règle générale de l'art. 1166, en ce sens que les art. 184 et 187 n'ont pour objet, en tant qu'ils visent les créanciers des époux et qu'ils leur attribuent l'action en nullité, que de faire disparaître à leur profit le caractère exclusivement personnel du droit des époux d'invoquer la nullité, qui met seul obstacle à l'exercice de l'action en nullité par ces créanciers quand il s'agit d'une nullité purement relative. (Voy. en ce sens Cass., 30 juillet 1900, Sir. 1902, 1, 225 et les conclusions de M. l'avocat général Desjardins.) — Nous pensons, au contraire, avec l'annotateur de l'arrêt, M. Wahl, que le droit des créanciers dans les art. 184 et 187 présente un tout autre caractère. Ces créanciers, quand ils invoquent la nullité du mariage, et que cette nullité est une nullité absolue, n'agissent nullement au nom et du chef de l'époux leur débiteur. Ils agissent en vertu d'un droit propre, que les art. 184 et 187 leur confèrent, en dehors et indépendamment de la règle générale de l'art. 1166, et du système d'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier, qu'elle consacre. Indépendamment des raisons de texte que fait valoir, à l'appui de cette opinion, M. Wahl, la raison décisive, à notre avis, de s'y rallier, se tire du caractère incontesté de

l'un ou l'autre aurait eus d'un précédent mariage. A la différence des ascendants, les collatéraux et les enfants

la nullité dont il s'agit. Comme cette nullité est une nullité absolue, et que le trait distinctif des nullités absolues est de pouvoir être invoquées par toute personne intéressée (§ 37, texte et note 12), l'attribution de l'action en nullité aux créanciers, dans l'hypothèse des art. 184 et 187, sur le seul fondement de la règle générale de l'art. 1166, impliquerait que cette action en nullité, bien loin d'appartenir, comme la nature de la nullité qu'elle sanctionne le veut, à toute personne intéressée, n'appartient qu'à certaines personnes seulement, parmi lesquelles les époux, dont leurs créanciers empruntent la personnalité juridique pour exercer une action en nullité qui ne leur appartient pas personnellement, malgré l'intérêt qu'ils y ont. Cela est contradictoire. Cpr. § 312, note 31. Mais si nous nous refusons, avec M. Wahl, à rattacher les dispositions des art. 184 et 187 à la règle générale de l'art. 1166, ce qui implique, entre autres conséquences, que le droit des créanciers à invoquer la nullité du mariage ne comporte aucune des restrictions que l'application de l'art. 1166 pourrait lui faire subir, nous n'hésitons pas à nous séparer de lui sur d'autres points. Il tire, en effet, du caractère qu'il attribue, et que nous attribuons avec lui, aux art. 184 et 187, cette autre conséquence que les créanciers des époux, qui tiennent de ces textes un droit propre et distinct à demander la nullité, ne sauraient, en sens inverse, se prévaloir, s'ils y avaient intérêt, de la validité du mariage argué de nullité par d'autres personnes. Les art. 184 et 187 autorisent les créanciers des époux à plaider *la nullité*, mais non pas à plaider *sur la nullité*. — Nous reconnaissons volontiers qu'en effet ces deux droits ne sont pas liés l'un à l'autre (voy. § 458, texte et note 5). Mais la question est de savoir si le droit pour les créanciers d'invoquer la validité du mariage, dans la mesure de leur intérêt, s'il ne résulte pas d'une interprétation certainement trop large des art. 184 et 187, ne résulterait pas du système général de l'art. 1166. C'est précisément en ce sens qu'a statué la Cour de cassation, le 30 juillet 1900, sur les conclusions conformes de l'avocat général Desjardins, et nous pensons qu'elle a eu raison. Nous ne nous attarderons pas à démontrer qu'il n'y a aucune contradiction entre la solution que nous avons défendue pour l'hypothèse où les créanciers demandent la nullité, et celle que nous admettons pour l'hypothèse où ils ont, au contraire, intérêt à soutenir la validité du mariage. Si, dans les deux cas, nous leur reconnaissons le droit d'agir, le fondement, et, par conséquent, les conséquences pratiques aussi bien que les conditions d'exercice de leur droit sont fort différentes, et cela suffit pour écarter l'objection dont nous parlons. Cette objection mise à part, nous ne voyons pas pour quelle raison les créanciers des époux se

issus d'une précédente union ne sont donc ordinairement reçus à demander la nullité du mariage qu'après la mort de l'un ou l'autre des époux[22]. Art. 187. [Il en est autrement, pour les uns et pour les autres, lorsqu'ils invoquent la nullité du mariage en qualité de défendeurs à une action qui en suppose la validité [22 *bis*].]

verraient privés du droit de soutenir la validité du mariage, conformément à la disposition de l'art. 1166, dans la mesure où l'existence de l'un quelconque de leurs droits sur les biens de l'un des époux, leur débiteur, dépendrait de la validité du mariage et en impliquerait la discussion. Il n'est douteux pour personne que ces créanciers peuvent, dans cette mesure, se prévaloir du mariage de leur débiteur quand sa validité n'est pas contestée. Comment le seul fait qu'elle peut l'être leur enlèverait-elle le droit de s'en prévaloir ? Nous n'hésitons même pas à leur permettre d'invoquer, le cas échéant, sur le fondement de l'art. 1166, les dispositions favorables des art. 201 et 202. Cpr. § 460, texte et note 29.]

[22] Ce n'est, en effet, qu'au moment où s'ouvre la succession de l'un ou de l'autre des époux, que prend ordinairement naissance l'intérêt de ces personnes. Toutefois, les expressions de l'art. 187, *du vivant des deux époux*, étant plutôt énonciatives que restrictives, l'existence des deux époux ne formerait pas obstacle à l'action des collatéraux qui auraient un intérêt pécuniaire, actuellement ouvert, à demander la nullité du mariage, par exemple, pour écarter les enfants qui en sont issus d'une succession à laquelle ils se trouveraient appelés de leur chef, à cause de l'indignité ou de la renonciation de leurs parents. Vazeille, I, 626. Valette, sur Proudhon, I, p. 440, note 6. Marcadé, sur l'art. 187. Demolombe, III, 306 et 307. Zachariæ, § 466, texte et note 13. Cpr. Req. rej., 22 juin 1819, Sir., 19, 1, 438 [Cass., 30 juillet 1900, Sir., 1902, 1, 225]. Voy. cep. Duranton, II, 327.

[[22] *bis*. Civ. Cass., 25 mars 1889, Sir., 1890, 1, 145, note Labbé. L'arrêt ne tranche la question qu'en ce qui concerne les collatéraux : mais la solution nous paraît devoir être la même pour les enfants du premier lit. Art. 187. — Il s'agissait, dans l'espèce, de collatéraux qui avaient refusé de faire partie du conseil de famille de l'enfant mineur issu du mariage dont ils invoquaient la nullité. Ces collatéraux, poursuivis en reconnaissance de la validité du mariage et de la légitimité de l'enfant, par l'administrateur *ad hoc* nommé à cet enfant par le conseil de famille, à la requête du père, ne pouvaient évidemment subir l'effet de la chose jugée à intervenir sur ces deux points, qu'autant qu'il leur avait été permis de soulever et de discuter, en qualité de défendeurs, la question de la nullité du mariage, bien qu'ils n'eussent aucun intérêt pécuniaire immédiat à le faire. — S'agissant, d'ailleurs, d'un mariage con-

L'action en nullité appartient enfin au ministère public. Art. 184. Elle lui est accordée à raison du scandale que doit causer un mariage contracté contrairement aux prohibitions de la loi, et ne peut être exercée que tant que dure ce scandale. Elle s'éteint donc, en général, par la mort de l'un des époux, et, en cas de bigamie, par la mort du conjoint dont l'existence formait obstacle à la validité du second mariage. Art. 190, et arg. de cet article[23]. [Il

tracté à l'étranger par leur parent, par suite de la prétendue dissolution du premier mariage de celui-ci par le divorce prononcé à l'étranger avant le rétablissement du divorce en France par la loi du 27 juillet 1884, l'instance qui soulevait la question de nullité du second mariage ayant été introduite après le rétablissement du divorce en France par ladite loi, la question se posait en outre de savoir si l'intérêt moral qu'ils auraient pu avoir à invoquer la nullité du second mariage si l'instance dans laquelle ils jouaient le rôle de défendeurs s'était ouverte avant la promulgation de la loi du 27 juillet 1884, n'avait pas lui-même disparu par l'effet de cette loi, de telle sorte qu'il leur fût impossible de plaider la nullité, même en qualité de défendeurs. La Cour de cassation a pensé, justement selon nous, que la loi du 27 juillet 1884 n'avait pu faire rétroactivement disparaître la nullité du second mariage. (Cpr. § 30, texte et notes 23 et 35), qu'elle n'avait donc pu, ni éteindre l'intérêt des collatéraux à l'invoquer, ni modifier en ce sens l'art. 187, qu'aucune de ses dispositions ne visait.]

[23] Quel est, dans l'art. 190, le sens des mots *peut et doit demander la nullité du mariage du vivant des deux époux*? L'objet de ces mots est-il d'exprimer que l'action en nullité accordée au ministère public n'est pas seulement facultative, mais obligatoire; ou bien leur but est-il d'indiquer, d'une part, que cette action s'ouvre du vivant des deux époux et, d'autre part, qu'elle s'éteint par le décès de l'un deux? Cette dernière interprétation nous paraît ressortir de la combinaison de l'art. 190 avec les art. 187 et 188. A la différence des collatéraux, dont l'action ne s'ouvre, en général, qu'après le décès de l'un des époux, le ministère public *peut* agir du vivant des deux époux. Sous ce rapport, il est placé sur la même ligne que le conjoint, au préjudice duquel un second mariage a été contracté avant la dissolution du premier. Mais à la différence de ce conjoint, dont l'action survit au décès des époux engagés dans la seconde union, le ministère public *doit*, pour être recevable dans sa demande, la former du vivant des époux dont il attaque le mariage. Telle est, à notre avis, la double idée que le législateur a voulu rendre dans l'art. 190, dont l'esprit n'est pas d'imposer au ministère public l'obligation absolue d'introduire une action qui, dans certaines circonstances, occasionnerait peut-être plus de

peut d'ailleurs, non seulement agir en nullité, comme il vient d'être dit [23] *bis*, mais aussi intervenir, à fin de nullité, dans l'existence en nullité déjà engagée par l'un des époux [23] *ter*.]

Du reste, nous rappellerons, pour compléter ces explications, que l'art. 139 établit, en ce qui concerne les personnes autorisées à demander l'annulation d'un mariage entaché de bigamie, des règles spéciales, pour le cas où l'époux dont le conjoint a contracté un second mariage avant la dissolution du premier, se trouvait en état d'absence lors de la célébration de ce second mariage [24].

3° *Des exceptions ou fins de non-recevoir à l'aide desquelles on peut repousser une demande en nullité fondée sur les empêchements ci-dessus indiqués.*

Ces exceptions varient suivant la nature de ces empêchements.

a. Diverses fins de non-recevoir peuvent être opposées

scandale que le mariage contre lequel elle se trouverait dirigée. *Exposé de motifs*, par Portalis, Locré, *Lég.*, IV, p. 512, n° 45 et p. 514, n° 50. Locré, sur l'art. 190, Toullier, I, 628. Demolombe, III, 310 et 311. Zachariæ, § 466. texte et note 14. Voy. cep. *Discours* de Boutteville, orateur du Tribunat (Locré, *Lég.*, IV, p. 561, n° 22); Vazeille, I, 249. [Nous concluons de ces observations que l'action intentée par le ministère public du vivant des deux époux, qui serait encore pendante lors du décès de l'un d'eux, s'éteindrait par l'effet de ce décès, puisque ce décès met fin au scandale que l'action du ministère public a pour seul but de faire cesser. Nous donnons, sans doute, une solution toute différente dans une hypothèse voisine. Cpr. § 462, note 17. C'est que les deux situations ne se ressemblent pas. Il s'agit, dans l'hypothèse que nous visons au § 462, note 17, d'une nullité relative, ayant pour origine un vice du consentement, et du décès, au cours de l'instance, du demandeur en nullité : il s'agit ici d'une nullité, absolue sans doute, mais fondée sur des considérations toutes différentes, et du décès du défendeur.]

[[23] *bis*. Ce qui implique pour lui la faculté de suivre les voies de recours qui sont ouvertes, de droit commun, contre la décision qui le débouterait de sa demande en nullité. Voy. pour l'appel : Cass., 28 nov. 1877, Sir., 1878, 1, 337.]

[[23] *ter*. Paris, 30 juin 1877, Sir., 1879, 2, 205.]

[24] Cpr. § 159, texte et notes 2 à 4.

à la demande en nullité fondée sur le défaut de puberté.

D'un côté, les ascendants et les membres du conseil de famille qui ont consenti au mariage ne sont pas recevables à l'attaquer pour défaut de puberté de l'un ou de l'autre des époux[25]. Art. 186. La fin de non-recevoir qui résulte de ce consentement est purement relative. Elle ne peut être opposée à ceux des ascendants ou des parents qui n'ont point consenti au mariage[26].

L'approbation, soit tacite, soit expresse, que les époux auraient donnée au mariage, même après avoir atteint l'âge de puberté, n'éleverait aucune fin de non-recevoir contre l'action en nullité qui leur est ouverte[27].

D'un autre côté, la nullité de ce mariage se trouve en elle-même couverte, et ne peut plus être proposée par qui que ce soit (art. 185) :

Lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux et les époux impubères ont atteint l'âge de puberté fixé par l'art. 144[28], peu importe d'ailleurs que les époux

[25] Le terme *famille* ne comprend pas, dans l'art. 186, tous les parents en général, c'est-à-dire ceux mêmes dont le consentement n'était pas nécessaire au mariage, et qui l'auraient approuvé, en assistant à la célébration ou autrement. La fin de non-recevoir établie par l'art. 186, étant empreinte d'un caractère de pénalité, doit être restreinte aux personnes dont le consentement était nécessaire au mariage, et qui, en le donnant, ont directement concouru à la violation de la loi. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 513, n° 47). V. en ce sens : Zachariæ, § 466, texte et note 17; Marcadé, sur l'art. 186; Duvergier, sur Toullier, I, 627; note 6; Demolombe, I. 322. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 244; Toullier, I, 627.

[26] Ainsi, par exemple, le mariage célébré du consentement du père, mais malgré le dissentiment de la mère, peut être attaqué par cette dernière du vivant même du premier. Il n'y a aucun reproche à faire à la mère qui a refusé de consentir au mariage, et le consentement donné par le père ne peut la priver d'une action qui lui appartient concurremment avec ce dernier. Cpr. note 19 *suprà*. Voy. en sens contraire : Zachariæ et Marcadé, *locc. citt.*

[27] Vazeille, I, 247. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 622; Demolombe, III, 318; Zachariæ, § 466, note 15, *in fine*.

[28] Les mots *âge compétent* n'ont pas, dans l'art. 185, le même sens que dans l'art. 183. Dans ce dernier article, ces expressions se réfèrent à la majorité établie par l'art. 148; dans le premier, au contraire, à la puberté fixée par l'art. 144. Merlin, *Rép.*, v° Mariage,

aient ou non cohabité pendant cet espace de temps[29];

Lorsque la femme impubère, mariée à un époux pubère[30], a conçu avant l'échéance de six mois, à partir de l'époque à laquelle se trouve fixée la puberté légale[31]. En permettant aux époux d'opposer à l'action en nullité dirigée contre le mariage une grossesse survenue avant que la femme ait atteint l'âge de quinze ans et demi, la loi ne leur a cependant pas donné le droit de se prévaloir de la possibilité d'une grossesse à venir pour demander qu'il soit sursis jusqu'à cette époque au jugement de l'action en nullité. Cette action suivra donc son cours, sauf aux époux à invoquer la fin de non-recevoir dont nous nous occupons, dans le cas où la femme viendrait à concevoir pendant la litispendance et pendant les délais ci-dessus déterminés[32].

Il est à remarquer que la nullité résultant du défaut de puberté ne se couvre pas au moyen de dispenses obtenues après la célébration du mariage[33].

sect. VI, § 2, quest. 1, p. 201. Vazeille, I, 242. Demolombe, III, 317. Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., 23, 1, 219.

[29] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 185. Vazeille, *loc. cit.* Zachariæ, § 466, texte et note 15. Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., 23, 1, 219.

[30] La grossesse de la femme ne peut couvrir la nullité résultant de l'impuberté du mari. Marcadé, sur l'art. 185. Demolombe, III, 319. Zachariæ, § 466, texte et note 16.

[31] Et non à partir du mariage. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 512, n° 46). Marcadé et Demolombe, *locc. citt.*

[32] D'après la première rédaction de l'art. 185 (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 354, art. 1), la grossesse de la femme ne pouvait être invoquée comme fin de non-recevoir contre l'action en nullité qu'autant qu'elle était antérieure à cette action. Le changement de rédaction qu'a subi l'art. 185 prouve bien évidemment qu'une grossesse survenue durant la litispendance, et avant l'expiration du terme fixé par cet article, suffit pour faire rejeter l'action en nullité. Mais si les époux sont admis à faire valoir, en tout état de cause, [l'exception] péremptoire résultant de la grossesse de la femme, quand même elle serait postérieure à l'introduction de l'action en nullité, il ne faut pas en conclure qu'ils puissent invoquer, comme exception dilatoire, des espérances de grossesse à venir. Cpr. en sens divers : Locré, III, p. 266; Toullier, I, 620; Duranton, II, 320; Vazeille, II, 242; Demolombe, III, 320; Zachariæ, § 466, note 16.

[33] Demolombe, I, 334.

b. La demande en nullité fondée sur l'existence d'un premier mariage peut, ainsi que nous l'avons déjà dit, être combattue par une exception préjudicielle tirée de la nullité de ce mariage. Mais si le premier mariage était valable, sa dissolution survenue postérieurement à la dissolution du second ne formerait aucun obstacle à la recevabilité de la demande en nullité dirigée contre celui-ci[34]. Il en serait ainsi, quand même la dissolution du premier mariage aurait été suivie de la confirmation expresse ou tacite du second[35]. Enfin, la demande en nullité dont s'agit ne se couvre, ni par la possession d'état[36], ni par la prescription du crime de bigamie[37], ni par la prescription trentenaire[38].

c. Quant à la demande en nullité dirigée contre un mariage incestueux, elle ne peut être écartée par aucune fin de non-recevoir. La nullité d'un pareil mariage ne se couvre, ni par la possession d'état[39], ni par la prescription trentenaire[40], ni enfin par les dispenses obtenues postérieurement à la célébration du mariage.

Du reste, les personnes qui ne sont admises à demander la nullité d'un mariage que dans un intérêt pécuniaire

[34] Delvincourt, I, p. 149. Locré, sur l'art. 147. Duranton, II, 329. Vazeille, I, 220.

[35] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 5 sur l'art. 184. Delvincourt, *loc. cit.* Toullier, I, 629. Duranton, *loc. cit.* Vazeille, I, 221. Demolombe, III, 314.

[36] *Nec obstat* art. 196. La possession d'état ne peut être invoquée comme fin de non-recevoir, par l'un des époux contre l'autre, qu'autant que la demande en nullité est formée à raison des vices extrinsèques dont se trouverait entachée la célébration du mariage, et non lorsqu'elle est fondée sur des vices intrinsèques inhérents au mariage lui-même. Merlin et Vazeille, *locc. citt.* Demolombe, III, 313 et 328. Cpr. Req. rej., 25 février 1818, Sir., 19, 1, 41.

[37] Autre chose est l'action civile naissant du crime de bigamie (cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 et 3 cbn. 637), autre chose est l'action en nullité dirigée contre un mariage entaché du vice de bigamie. Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.* Vazeille, I, 222. Delombe, III, 313. Zachariæ, § 464, texte et note 6. Paris, 1er août 1818, Sir., 19, 2, 63.

[38] Delvincourt, I, p. 149. Toullier, I, 629. Duranton, II, 329. Demolombe, *loc. cit.*

[39] Cpr. texte et note 36 *suprà*.

[40] Toullier, I, 638. Vazeille, I, 228.

sont non-recevables à le faire, fût-ce même pour cause de bigamie ou d'inceste, lorsqu'elles ont régulièrement renoncé aux droits à raison desquels elles auraient eu intérêt à former une pareille action, ou lorsque ces droits sont éteints par prescription[41].

§ 462.

Des empêchements dirimants qui entraînent une nullité relative.

Ces empêchements sont au nombre de deux. Le premier résulte de la nullité du consentement de l'un ou de l'autre des époux. Le second, de l'absence ou de la nullité du consentement des personnes sous l'autorité desquelles les époux se trouvaient placés quant au mariage.

1° La loi ne reconnaît, comme pouvant invalider le consentement des époux, que la violence et l'erreur dans la personne. Art. 180. En matière de mariage, le dol ne vicie pas par lui-même le consentement, quand il n'a point eu pour résultat une erreur dans la personne[1]. D'un autre côté, le consentement donné par suite de séduction n'en est pas moins valable lorsque l'époux dont il émane avait atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage[2].

La violence morale forme, tout aussi bien que la violence physique, obstacle à la validité du consentement[3]. Il appartient aux tribunaux d'apprécier, suivant l'âge, le sexe, la condition des époux et les autres circonstances de la

[41] Cpr. § 458, texte n° 2, notes 12 et 13.

[1] Cpr. art. 1109 et 1116 : note 12 *infrà*; Toullier, I, 517 et 523; Duranton, II, 60; Marcadé, sur l'art. 180, n° 5 ; Demolombe, III, 250; Glasson, n° 135; Zachariæ, § 467, note 1re.

[2] Voy. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 323 et 324, nos 13 et 14), et les changements successifs qu'a reçus la rédaction primitive de l'art. 146, Locré, *Lég.*, IV, p. 312 et 313, art 4, p. 323, n° 18, p. 426, art. 2; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 6, nos 2 et 3; Demolombe, *loc. cit.*; Zachariæ, § 467, note 2. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 180, nos 1 et 2.

[3] *Discussion au Conseil d'État*, et *Observation du Tribunat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 360 et 361, n° 38 p. 455, n° 15).

cause, si le consentement a été ou non librement donné[4]. Du reste, le rapt ne vicie pas par lui-même le consentement que la personne ravie a donné après avoir recouvré sa pleine liberté[5].

L'erreur ne vicie le consentement que lorsque l'un des conjoints a épousé une personne autre que celle à laquelle il avait l'intention de s'unir. L'erreur de l'un des époux sur les qualités physiques ou morales, civiles ou sociales, de l'autre, ne suffit donc pas pour invalider son consentement[6].

[4] *Discussion au Conseil d'État*, et *Discours* de Boutteville (Locré, *Lég.*, IV, p. 360 et 361, n° 38, p. 552 et 553, n° 7). Les dispositions des art. 1112 à 1114 ne constituent pas, dans notre matière, des règles impératives, auxquelles le juge soit, sous peine de cassation, obligé de conformer sa décision; mais il fera bien, en général, de se guider d'après les principes qui leur servent de base. Cpr. Delvincourt, I, p. 150; Toullier, I, 455; Duranton, II, 47 et suiv., Vazeille, I, 77 et suiv.; Glasson, n° 119. Voy. cep. Demolombe, III, 248.

[5] Le rapt constituait autrefois un empêchement dirimant de mariage entre le ravisseur et la personne ravie. Pothier, *Contrat de mariage*, n° 227. Il n'en est plus de même aujourd'hui, puisque le Code n'a pas reproduit les dispositions des lois anciennes à cet égard. Voy. la rédaction primitive de l'art. 146 et la discussion au Conseil d'État (Locré, *Lég.*, IV, p. 312 et 313, art. 4, p. 323 à 327, n°s 13 à 18); Duranton, II, 41 et 53; Merlin, *Rép.*, *v° et locc. citt.*, n° I; Demolombe, III, 249, n° 120.

[6] Cette proposition, admise sans conteste par notre ancienne jurisprudence. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 310, se trouve reproduite en termes formels dans l'*Exposé de motifs* présenté par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 510, n° 43). Elle ressort d'ailleurs, d'une manière non équivoque, de l'ensemble des travaux préparatoires, qui ne laissent d'incertitude que quant à la question de savoir si l'erreur sur la personne civile ou sociale peut, comme l'erreur sur la personne physique, motiver une demande en annulation de mariage. Cpr. la note suivante. C'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la grande majorité des auteurs. Voy. Malleville, sur l'art. 180. Delvincourt, I, p. 151; Proudhon, I, p. 392; Toullier, I, 515, 516, 519 et 520; Duranton, II, 56 à 59; Vazeille, I, 65; Toullier, I, p. 248 à 251. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 320; Glasson, n°s 127 à 129. Cependant Marcadé, sur l'art. 180, n°s 1 à 4; *Revue de législation*, 1845, III, p. 242, et M. Demolombe, III, 253, ont essayé de combattre la proposition émise au texte, et de soutenir que l'erreur sur des qualités, non seulement sociales ou civiles, mais même physiques ou morales, peut suffire, selon les circonstances, pour entraîner la nullité du mariage. Cette doctrine novatrice nous paraît avoir été solidement réfutée dans une dissertation de notre savant et re-

Cependant, on ne doit pas restreindre l'application de la disposition de l'art. 180, au cas où, par suite d'une substitution opérée au moment de la célébration, l'un des époux aurait contracté mariage avec une personne qui ne serait pas, physiquement parlant, celle qu'il croyait épouser. Le consentement peut se trouver vicié par une erreur sur la personne civile ou sociale[7], lorsque cette erreur a été la cause déterminante du mariage[8].

gretté collègue, Thieriet, *Revue de législation*, 1847, 1, 370, que Marcadé a laissée sans réponse. La jurisprudence, assez longtemps vacillante, paraît définitivement se fixer dans le sens de la proposition énoncée au texte. Voy. Montpellier, 1er février 1866, Sir., 66, 2, 325; Bordeaux, 21 mars 1866, Sir., 66, 2, 209; et les arrêts cités aux notes 10 à 13 *infrà*.

[7] Les termes de la loi ne comportent aucune distinction. D'ailleurs, une substitution de personne, au moment de la célébration, étant bien difficile, pour ne pas dire impossible, il n'est pas à supposer que le législateur ait voulu limiter à cette hypothèse l'application de l'art. 180. Le seul résultat de la discussion qui eut lieu au Conseil d'État à l'occasion de la question qui nous occupe (Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 324 à 327, nos 15 et 18, p. 362 à 365, nos 41 et 42, p. 437 à 448, nos 10 à 13) fut la suppression du deuxième alinéa de l'article 146, qui était ainsi conçu : « Il n'y a pas de consentement, lorsqu'il y a violence ou erreur sur la personne. » Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 426, art. 2. Or, cette suppression, opérée sur la proposition du consul Cambacérès, qui, dans tout le cours de la discussion, avait manifesté l'opinion que l'erreur sur la personne sociale viciait le consentement, aussi bien que l'erreur sur la personne physique, peut d'autant moins être invoquée contre notre manière de voir, qu'on a laissé subsister dans l'art. 180 les expressions *erreur dans la personne*, sans les remplacer, ainsi que l'avait demandé la Cour de cassation, par les termes *erreurs sur l'individu*, et sans en restreindre la portée à la personne physique. Aussi, l'opinion émise au texte est-elle généralement admise. Voy. Delvincourt, I, p. 151; Proudhon, I, p. 193; Toullier, I, 467 et 468; Duranton, II, 64; Vazeille, I, 69; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement, sect. V, art. 1, n° 4, et *Quest.* v° Mariage, § 9; Taulier, I, p. 250 et 251; Demolombe, III, 251; Glasson, nos 123 et 124. Voy. cep. en sens contraire : Zachariæ, § 467, texte et note 3. Mais, en partant d'un principe vrai en lui-même, plusieurs de ces auteurs sont arrivés à de fausses conséquences, pour n'avoir pas su déterminer en quoi consiste l'erreur sur la personne civile, ni tracer une ligne de démarcation bien tranchée entre cette erreur et celle qui ne porte que sur les qualités civiles ou sociales. Cpr., note 9 *infrà*.

[8] L'erreur sur la personne physique entraîne toujours, et par elle-

Il y a, de la part de l'un des conjoints, erreur sur la personne civile de l'autre, lorsque l'individu auquel il s'est uni et qui, physiquement, était bien celui auquel il croyait s'unir, n'était cependant pas, sous le rapport de l'individualité civile, la personne avec laquelle il avait l'intention de contracter mariage[9].

même, la nullité du mariage, parce qu'elle est exclusive de tout consentement. Il en est autrement de l'erreur sur la personne civile de l'un des époux, parce qu'il est possible que cette erreur n'ait point été la cause déterminante du consentement de l'autre époux, consentement que celui-ci eût peut-être été amené à donner en considération des qualités physiques ou morales de son conjoint, quand même il aurait connu sa véritable individualité civile. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, Lég., IV, p. 439 et suiv., n° 12); Toullier, I, 521 et 522; Merlin, *Rép.* et *Quest.*, *locc. citt.* Glasson, n° 125.

[9] M. Demolombe (III, 253) reproche à notre système de manquer de conséquence, parce que, dit-il, l'erreur sur la personne civile ne constitue elle-même qu'une erreur sur les qualités civiles. Nous répondons que, d'après notre manière de voir, l'erreur qui ne porte que sur l'une ou l'autre des qualités constitutives de l'état ne suffit pas pour fonder une demande en nullité de mariage; il faut, pour justifier une pareille demande, qu'il y ait eu, de la part de l'un des conjoints, erreur sur l'individualité civile de l'autre. Cette individualité se détermine par le nom tout d'abord, ensuite par l'ensemble des diverses qualités sociales qui individualisent une personne, en la distinguant de toute autre du même nom, et l'absence seule d'une ou de plusieurs qualités, même sociales, faussement attribuées à un individu, ne suffit pas pour dire que cet individu soit, civilement parlant, une autre personne. Ainsi, lorsqu'une femme a épousé un individu qu'elle croyait Français et enfant légitime, tandis qu'en réalité il était étranger et enfant naturel, son mari, étranger et enfant naturel, n'en sera pas moins la même personne civile que s'il était Français et enfant légitime. Bordeaux, 21 mars 1866, Sir., 66, 2, 209. Au contraire, qu'un homme en se mariant se soit faussement attribué le nom et l'état d'une autre personne déterminée ou qu'il se soit donné un nom et un état purement imaginaires, l'erreur dans laquelle il aurait induit sa femme ne portera plus seulement sur telles ou telles qualités sociales, mais sur l'individualité civile elle-même; il y aura eu dans ce cas substitution d'une personne civile à une autre. Voy. en ce sens : Glasson, p. 208 à 210; Bourges, 6 août 1827, Sir., 29, 2, 40. Nous croyons devoir d'autant plus persister dans la théorie que nous venons de préciser, que, d'après l'opinion contraire, on se trouve forcé de reconnaître au juge un pouvoir absolu d'appréciation,

Toute autre erreur, quelque grave qu'elle soit, ne vicie pas le consentement, et ne saurait autoriser une demande en nullité de mariage. Ainsi, par exemple, une femme qui aurait épousé un ci-devant moine profès, qu'elle ignorait être engagé par des vœux religieux, ne pourrait, pour ce motif, demander la nullité de son mariage[10]. Il en serait de même de la femme qui aurait épousé par erreur un forçat libéré[11].

Si l'erreur de l'un des époux sur les qualités de l'autre est insuffisante pour autoriser une demande de nullité de mariage, à plus forte raison doit-on admettre la même solution en ce qui concerne l'erreur de l'un des conjoints sur les sentiments et les dispositions de l'autre. C'est ainsi que le refus du mari de faire bénir son union par l'Église n'autoriserait pas la femme à demander l'annulation du mariage, sous prétexte d'erreur sur les sentiments religieux de son conjoint[12]. C'est ainsi encore que, si la femme avait formé, dès avant le mariage, la résolu-

pour décider si l'erreur sur telle qualité est ou non de nature à entraîner l'annulation du mariage. Nous ne pensons pas que ce soit là l'esprit de la loi, qui, en n'ouvrant une action en nullité que *pour erreur dans la personne,* nous paraît avoir écarté comme insuffisante toute erreur qui ne porterait pas sur une qualité sociale ou civile, et, à plus forte raison, sur une qualité physique ou morale. On ne peut qu'approuver le législateur de n'avoir pas voulu abandonner à des appréciations plus ou moins personnelles et variables le sort du contrat le plus important et le plus sacré de la vie civile.

[10] Merlin, *Rép.*, *v° et loc. citt.* Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 151 ; Duranton, II, 66; Marcadé et Demolombe, *locc. citt.* Colmar, 6 décembre 1811, Sir., 12, 2, 89.

[11] Taulier, I, p. 248 et 249. Du Caurroy, Bonnier et Roustin, I, 320. Pezzani, n° 55. Glasson, n° 129. Paris, 4 février 1860, Sir., 60, 2, 71. Orléans, 6 juillet 1861, Sir., 61, 2, 85. Chamb. réun. rej., 24 avril 1862, Sir., 62, 1, 341. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 62 ; Marcadé, sur l'art. 180, n° 1 ; Demolombe, III, 353 : Allemand, n°s 154 et suiv. ; Demante, *Cours*, I, 262 *bis*; Bellaigue, *Revue pratique*, 1861, IX, p. 101 ; Pont, *Revue critique*, 1861, XVIII, p. 103 et 289, 1862, XX, p. 289 ; Civ. cass., 11 février 1861, Sir., 61, 1, 241.

[12] Thieriet, *Revue de législation*, 1846, III, p. 161 ; 1847, I, p. 370. Demolombe, IV, 390. Montpellier, 4 mai 1847, Sir., 47, 2, 418. Voy. en sens contraire : Bressolles, *Revue de législation*, 1846, II, p. 149 ; Marcadé, *même Revue*, 1846, III, p. 342.

tion de ne pas consentir à sa consommation, le mari ne pourrait, à raison de l'erreur dans laquelle il se serait trouvé sur les intentions de son épouse, demander la nullité du mariage [13].

Il est indifférent que l'erreur de l'un des conjoints ait été ou non la suite du dol de l'autre. L'erreur qui tombe sur la personne, physique ou civile, vicie par elle-même le consentement, quand même elle n'aurait point été produite par des manœuvres frauduleuses. Et réciproquement, l'erreur sur les qualités ne suffit pas pour invalider le consentement, quand même elle aurait été le résultat de manœuvres frauduleuses pratiquées par l'un des conjoints envers l'autre [14].

La nullité résultant de la violence ou de l'erreur ne peut être proposée que par l'époux dont le consentement s'est trouvé entaché de l'un ou de l'autre de ces vices. L'action qui lui compète à cet effet est exclusivement attachée à sa personne : elle ne peut être exercée en son nom par ses créanciers [15], et ne passe pas même à ses héritiers [16]. Ces derniers conservent toutefois la faculté de suivre l'action en nullité qui aurait été introduite par leur auteur [17]. Du reste, l'époux mineur peut, avec l'assis-

[13] Req. rej., 9 février 1863, Sir., 64, 1, 45.

[14] Loisel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. II, reg. 3. Le système contraire, défendu au Conseil d'État par le premier Consul, n'y a pas prévalu. Voy. Locré, *Lég.*, IV, p. 439, n° 12; Valette, sur Proudhon, 1, p. 395, note *a*; Demolombe, III, 252; Glasson, n° 126.

[15] Cpr. § 319, note 31; Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4, n° 4; Toullier, VII, 566; Demolombe, III, 257; Glasson, n° 149.

[16] *Discussion au Conseil d'État* et *Discours* de Boutteville (Locré, *Leg.*, IV, p. 412, n°s 6 et 7, p. 558, n° 16). Toullier, I, p. 611. Duranton, II, 270. Vazeille, I, 258. Valette, sur Proudhon, I, 433, note *a*, III. Demolombe, III, 258. Demante, *Cours*, I, 262 *bis*. Glasson, *loc. cit.* Zachariæ, § 467, note 4.

[17] Arg. art. 330 et 957. *Actiones quæ morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* Delvincourt, sur l'art. 180. Duranton, II, 271. Vazeille, *loc. cit.* Duvergier, sur Toullier, II, 611. Demolombe, III. 258. Allemand, I, 557. Demante, *Cours*, I, 262 *bis*, V. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Marcadé sur l'art. 180, n° 6; Glasson, n° 150. [Le tribunal de Toulouse (24 février 1879, Sir., 1880, 2, 54), sans avoir eu, d'ailleurs, à statuer sur la question, puisqu'il n'a pas admis, dans l'espèce qui lui était soumise, que l'action en nul-

tance de son curateur, exercer, aussi bien que l'époux majeur, l'action de nullité que la loi lui ouvre [18].

La nullité qu'engendrent les vices dont se trouve entaché le consentement de l'un des époux peut, après la cessation de la violence ou la découverte de l'erreur, se couvrir, soit par la confirmation expresse de l'époux qui a été violenté ou trompé [19], soit par une cohabitation continuée pendant six mois [20]. Art. 181. C'est à l'époux qui, après plus de six mois de cohabitation, provoque, par

lité eût été réellement intentée par l'époux avant sa mort, nous paraît avoir laissé entendre, dans les motifs de son jugement, qu'il se ralliait à l'opinion que nous défendons. Si, comme il le dit, l'action en nullité a été refusée aux collatéraux, parce que les époux sont les seuls juges du point de savoir s'ils ont été trompés ou si leur consentement n'a pas été libre, parce qu'il est inadmissible que les collatéraux, qui n'ont qu'un intérêt pécuniaire pour mobile, puissent porter le trouble dans la famille de leur parent et faire annuler un mariage que les époux auraient peut-être respecté, il résulte manifestement de ces considérations que l'action des collatéraux cesse de soulever les mêmes objections, lorsqu'il est certain, par l'ouverture même de l'instance que l'époux demandeur en nullité a engagée, que cet époux avait jugé lui-même qu'il avait été trompé ou que son consentement n'avait pas été libre, et qu'il n'entendait pas respecter le mariage.]

[18] On a supprimé, lors de la discussion de l'art. 180 (Locré, *Lég.*, IV, p. 412, nos 6 et 7), une disposition qui restreignait à l'époux majeur le droit d'intenter l'action en nullité ouverte par cet article. Locré, sur l'art. 180. Vazeille, I. 257. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 180. Demolombe, III, 260. Glasson, n° 148. Turin, 14 juillet 1807, Sir., 8, 2, 43.

[19] Arg. art. 181 et 183. Locré, sur l'art. 181. Duranton, II, 282. Vazeille, I, 261. Toullier, I, 610. Valette, sur Proudhon, p. 433, note *a*, I. Marcadé sur l'art. 181, n° 2. Demolombe, III, 264, Glasson, n° 152. Zachariæ, § 467, texte et note 5. Cpr. Paris, 30 décembre 1861. Sir., 64, 1, 45.

[20] En indiquant spécialement la cohabitation continuée pendant six mois comme emportant confirmation tacite du mariage, le législateur paraît avoir eu l'intention de rejeter, comme concluants, tous les autres faits dont on voudrait faire ressortir une confirmation de cette espèce. Ainsi, la survenance d'enfants ne pourrait même pas être invoquée comme preuve de la confirmation tacite du mariage. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 359, n° 37, p. 415, n° 12). Toullier, I, 610. Vazeille, I, 260 et 261. Valette, sur Proudhon, I, p. 433, note *a*. II. Demolombe, III, 262. Glasson, nos 151 et 156, Zachariæ, § 467, note *b*. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° mariage, sect. VI, § 2,

voie d'action ou d'exception, la nullité du mariage pour cause d'erreur ou de violence, à prouver que la découverte de l'erreur ou la cessation de la violence ne remonte pas à six mois [21].

A défaut de cohabitation, l'action en nullité se prescrit par trente ans [22]. Mais elle ne pourrait être écartée sous le prétexte d'une prétendue possession d'état, non accompagnée de cohabitation [23].

quest. 3 sur l'art. 185; Duranton, II, 275 et 276; Civ. cass., 4 novembre 1822, Sir., 23, 2, 210.

[21] Duranton, II, 277. Demolombe, III, 262. Glasson, n° 155. Zachariæ, § 467, note *b*, *in fine*. Bordeaux, 20 février 1867, Sir., 67, 25, 224. Civ. rej., 20 avril 1869, Sir., 69, 1, 303. Cpr. 339, texte n° 3, et note 38. [Cpr. § 545 *bis*, note 19. Dans ces différentes hypothèses, les apparences sont contre l'époux qui demande la nullité contrairement au fait matériel de la cohabitation de six mois; contre le mari qui intente l'action en désaveu contrairement au fait matériel établi de l'écoulement du délai d'un mois depuis la naissance de l'enfant, s'il était sur les lieux à cette date, ou du délai de deux mois depuis son retour, s'il était absent lors de la naissance; contre la victime de l'erreur ou du dol qui demande la nullité contrairement au fait matériel établi de l'écoulement du délai de dix ans depuis que l'acte annulable, dont la date détermine en principe le point de départ de ce délai (Cpr. § 339, note 30) a été passé. — Cpr. sur la répartition de la charge de la preuve, § 749, texte et note 20.]

[22] Art. 2262. *Non obstat* art. 1304. Ce dernier article est étranger à la matière qui nous occupe : le mariage, régi par des dispositions toutes spéciales, n'est point un contrat ordinaire auquel on puisse appliquer les dispositions concernant les conventions en général. Cpr. § 339, texte et note 17; Marcadé, sur l'art. 181, n° 3; Glasson, n°s 157 et 158; Zachariæ, § 464, note 5. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 278; Valette, sur Proudhon, I, p. 433, note *a*; I, Duvergier, sur Toullier, I, p. 355, note *a*; Demolombe, III, 268. Suivant ces auteurs, la prescription s'accomplirait par dix ans. M. Demolombe, toutefois, reconnaît que l'art. 1304 ne serait plus applicable, si la nullité du mariage était proposée sous forme d'exception. Quant à M. Demante (*Cours*, I, 263 *bis*, II), il regarde l'action comme imprescriptible. Mais l'art. 328, sur lequel il paraît fonder son opinion, est complètement étranger à la question, qui, en l'absence de toute disposition exceptionnelle, doit se résoudre par application de la règle générale posée dans l'art. 2262.

[23] *Non obstat* art. 196. En supposant, ce que nous n'admettons pas, que la possession d'état pût s'acquérir indépendamment de toute cohabitation, elle ne pourrait cependant couvrir une nullité

2° Nul ne peut, avant un certain âge[24], se marier sans le consentement de ses père et mère, ou des autres personnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé quant au mariage. Ces personnes ne doivent aucun compte des motifs à raison desquels elles refusent de consentir au mariage[25].

Les règles qui concernent la nécessité de son consentement sont absolument les mêmes, que les futurs époux soient émancipés ou ne le soient pas, et qu'il s'agisse de secondes ou de premières noces. Mais elles varient suivant que ceux qui se proposent de contracter mariage sont des enfants légitimes ou des enfants naturels.

Des enfants légitimes. — Les garçons [comme les filles] avant l'âge de [vingt-un] ans accomplis ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. Cependant, en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit[26]. [Art. 148. (Loi

intrinsèque, dont se trouverait entaché le mariage lui-même. Cpr. § 461, note 36. Demolombe, III, 312 et 328.

[24] Celui qui a des ascendants ne peut, même après cet âge, se marier sans [leur avoir notifié l'union projetée] et demandé leur conseil. Mais, comme le défaut d'accomplissement de cette obligation n'entraîne pas la nullité du mariage, nous n'avons pas à nous en occuper ici. Cpr. § 463, texte n° 8.

[25] Demolombe, III, 51. — Cette règle générale s'applique même au conseil de famille, appelé à remplacer les père et mère dans le cas prévu par l'art. 160. Cpr. texte et notes 37 à [41] *infrà*.

[26] Mais la mère n'en doit pas moins être consultée; et l'officier de l'état civil ne peut passer outre au mariage, sur le seul consentement du père, qu'autant qu'il est justifié de l'accomplissement de cette formalité. Cpr. Delvincourt, I, p. 115; Duranton, II, 77, note 3; Vazeille, I, 119; Valette, sur Proudhon, I, p. 396. note 6; Demolombe, III, 38 et 39; Zachariæ, § 467, note 10. — La mère, qui n'a point été consultée, peut-elle, par ce motif, s'opposer au mariage? L'affirmative, enseignée par Delvincourt, Duranton, Vazeille et Zachariæ (*locc. citt.*), et adoptée par la Cour de Riom, le 3 juin 1817, Sir., 18, 2, 41, nous paraît condamnée par les termes formels de l'art. 173. Cpr. § 454, note 5. Nous pensons que, dans ce cas, la mère n'a que la voie de la dénonciation à l'officier de l'état civil. Merlin, *Rép.*, v° Opposition à un mariage, n° 4, remarque 3 sur l'art. 173. Demolombe, III, 39. — La mère pourrait-elle demander la nullité du mariage célébré sur le seul consentement du père, sans qu'elle ait été consultée? La négative résulte évidemment des termes de l'art. 182. — La

du 21 juin 1907, art. 6.)] [Le dissentiment ci-dessus visé est constaté soit dans la forme de la notification prévue par l'art. 154, soit par lettre adressée à l'officier de l'état civil et dont la signature est légalisée, par procès-verbal dressé par l'officier de l'état-civil, par l'acte de célébration du mariage, art. 148. (Loi du 10 mars 1913, art. 1.)] Si l'un des deux parents est mort [27], [ou déchu de la puissance paternelle [27 bis]] il n'est besoin que du consentement de l'autre, quand même il serait remarié [28]. Le consentement de l'un des parents suffit également, quand l'autre est physiquement, moralement, ou légalement incapable de manifester sa volonté, ce qui a lieu, par exemple, en cas d'absence [29], et au cas d'interdiction, soit légale [30], soit judiciaire [31]. Art. 149. [Il en est de même de l'ascendant

mère est-elle, après la mort du père, autorisée à provoquer l'annulation du mariage contracté en contravention à l'art. 148 ? Voy. pour l'affimative, texte et note 46 *infrà*.

[27] La preuve de la mort peut, en pareil cas, se faire par l'attestation du survivant, sans qu'il soit nécessaire de produire un acte de décès, ou un acte de notoriété rédigé dans la forme indiquée par l'art. 71. Avis du Conseil d'État des 27 messidor-4 thermidor an XIII. Vazeille, I, 123. Marcadé, sur l'art. 150, n° 2. Voy. cep. Demolombe, III, 40.

[[27] *bis*. Loi du 24 juillet 1889. art. 14.]

[28] La puissance paternelle ne s'éteint point par le convol du survivant à de secondes noces. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 328 et 329, n° 22). Cpr. 551, texte n° 5. Duranton, II, 90. Demolombe, III, 45. Zachariæ, § 467, note 14. Bastia, 2 février 1836, Sir., 36, 2, 247. Voy. en sens contraire, Delvincourt, I, p. 115.

[29] La preuve de l'absence se fait suivant le mode indiqué par l'art. 155 [modifié par la loi du 21 juin 1907, art 10], et lorsque le dernier domicile de l'absent est inconnu, dans les formes tracées par l'avis du Conseil d'État des 27 messidor-4 thermidor an XIII. Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre le cas où les futurs sont mineurs et celui où ils sont majeurs. L'opinion contraire de M. Duranton, II, 88, repose sur une fausse interprétation des dispositions de l'avis ci-dessus cité. Cpr. Toullier, I. 544; Vazeille, I, 123 et 124; Demolombe, II, 314.

[30] Cpr. Code pénal, art. 29, § 85; Duranton, II, 80; Vazeille, *loc. cit.*; Demolombe, III, 44.

[31] Si l'un des parents se trouve, quoique non interdit, dans l'impossibilité de manifester sa volonté pour cause de démence ou d'imbécillité, les tribunaux peuvent, sans prononcer son interdic-

qui subit la peine de la relégation ou qui est maintenu aux colonies conformément à l'art. 6 de la loi du 30 mai 1854. Art. 153 (Loi du 20 juin 1896).]

[Lorsque les parents sont divorcés ou séparés de corps, le consentement de celui au profit duquel le divorce ou la séparation a été prononcé et qui a la garde de l'enfant, suffit. Art. 152 (Loi du 21 juin 1907, art. 8-1°) [31 *bis*]. Si celui au profit duquel le divorce ou la séparation a été prononcé, et qui n'a pas la garde de l'enfant, ou si celui qui a la garde de l'enfant bien que le divorce ou la sépara-

tion, ordonner, d'après la preuve acquise de cet état de démence ou d'imbécillité, qu'il sera passé outre au mariage sur le consentement de l'autre. Vazeille, I, 125. Demolombe, III, 43. Zachariæ, § 467, note 13, *in fine*. Poitiers: 11 mars 1830, Sir., 30, 2, 143. Voy. cep. Toullier, I, 543; Duranton, II, 85. — Il nous semble même que l'officier de l'état civil pourrait procéder au mariage sans autorisation judiciaire, si l'état de démence ou d'imbécillité de la personne dont le consentement est requis était justifié par son transport dans un établissement d'aliénés, opéré conformément à la loi du 30 juin 1838, Demolombe, *loc. cit.*

[31 *bis*. Il s'agit, bien évidemment, de celui des père et mère qui a la garde de l'enfant au jour où le consentement est nécessaire. Le texte un peu différent de la loi du 20 juin 1896, abrogée par la loi du 21 juin 1907, paraissait impliquer qu'il s'agissait de celui des père et mère qui avait obtenu la garde de l'enfant lors du jugement ou de la séparation, et par l'effet même du jugement qui prononçait l'un ou l'autre. *Quid*, pour le cas où la garde de l'enfant appartiendrait, au jour où un projet de mariage rend nécessaire le consentement des parents, à celui des parents contre lequel le divorce ou la séparation a été prononcé, où celui-ci, refusant son consentement, serait cité en justice par l'autre dans les termes de l'art. 152, et l'emporterait, et où, dans l'intervalle de la décision du juge à la célébration du mariage, il perdrait la garde de l'enfant qui serait attribuée à l'autre? On suppose, bien entendu, que le tribunal qui a statué sur la modification de la garde de l'enfant, et qui est toujours celui qui a prononcé le divorce ou la séparation, n'est pas le même que celui devant lequel a été portée la demande de l'art. 152. Dans ce cas, la décision de ce tribunal, refusant l'autorisation, deviendrait, croyons-nous, sans effet: la réunion, au jour de la célébration du mariage, dans la personne de celui des parents qui y consentait, des deux qualités auxquelles l'art. 152 subordonne la pleine efficacité du consentement d'un seul, exclut toute intervention de la justice à l'effet de donner une autorisation qui ne peut régulièrement intervenir que le jour de la célébration du mariage.]

tion ait été prononcé contre lui, consent seul au mariage, il pourra citer l'autre en justice pour faire statuer sur leur dissentiment. Le tribunal civil du domicile de celui des parents qui a la garde de l'enfant, siégeant en chambre du conseil, connaîtra de la demande et statuera sur elle en audience publique et en dernier ressort. Art. 152. (Loi du 21 juin 1907, art. 8-2°).]

Lorsque le père et la mère sont morts[32], [ou déchus de la puissance paternelle[32] *bis*], ou se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ils sont remplacés par les aïeuls et aïeules, et, à défaut d'aïeuls ou d'aïeules dans l'une et l'autre ligne[33], par les bisaïeuls ou bisaïeules[34]. Au cas de dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, le consentement de l'aïeul suffit. Si l'aïeul ou l'aïeule d'une même ligne est décédé, ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il suffit du consentement de l'autre. Le dissentiment entre les deux

[32] La preuve de leur décès peut se faire par l'attestation des aïeuls et aïeules. Avis du Conseil d'État, des 27 messidor-4 thermidor au XIII [art. 155 (rédaction de la loi du 21 juin 1907, art. 10).]

[[32] *bis*. Loi du 24 juillet 1889, art. 14.]

[33] Valette, sur Proudhon, I, p. 397, notes *a*. Voy. cep. Demolombe, III, 49. Le savant auteur enseigne que, s'il y avait des aïeuls dans une ligne et des bisaïeuls dans l'autre, ces derniers devraient, tout aussi bien que les premiers, être appelés à donner leur consentement, parce qu'il résulte, dit-il, de l'art. 150 que les deux lignes doivent être consultées. Elles doivent l'être sans doute, quand il y a des aïeuls dans l'une et dans l'autre, mais telle n'est pas notre hypothèse. Ce qui prouve, au contraire, que le consentement des bisaïeuls ne doit être requis qu'à défaut d'aïeuls dans les deux lignes, c'est que ces derniers eux-mêmes ne sont appelés à consentir au mariage qu'à défaut du père et de la mère. Dans le système de M. Demolombe, il faudrait admettre, pour être conséquent, qu'à défaut du père, le consentement de la mère ne suffit pas, et que les aïeuls de la ligne paternelle doivent aussi être consultés. Or, cette conséquence est formellement rejetée par les art. 149 et 150; le système dont elle découle n'est donc pas acceptable.

[34] C'est du moins ce qui résulte de l'esprit de la loi. Quoique l'art. 150 ne parle textuellement que des aïeuls et aïeules, il doit, par identité de motifs, être étendu aux bisaïeuls et trisaïeuls; *Lex statuit de eo quod fit plerumque*. Vazeille, I, 127. Duranton, II, 98. Zachariæ, § 467, note 15. Demolombe, III, 48.

lignes emporte consentement[35]. Ces règles s'appliquent, par analogie, au cas où, à défaut d'aïeuls et d'aïeules, les père et mère sont remplacés par les bisaïeuls et bisaïeules[36]. Art. 150 et arg. de cet article. [Dans le cas où l'ascendant, quel qu'il soit, dont le consentement serait nécessaire, subit la peine de la relégation, ou est maintenu aux colonies par application de l'art. 6 de la loi du 31 mai 1854, le futur époux peut, au lieu de s'adresser à l'ascendant ou aux ascendants du degré subséquent, ou même, comme il va être dit, au conseil de famille, solliciter de cet ascendant son consentement et le produire à l'officier de l'état civil. Art. 153. (Loi du 20 juin 1896.)]

Quand il n'existe pas d'ascendants [[36] *bis*] [ou qu'ils sont déchus du droit de consentir au mariage de leurs descendants, par application de la loi du 24 juillet 1889 [36] *ter*], la distinction [que faisait l'ancien art. 148] entre les garçons et les filles [disparaissait]. [A plus forte raison aujourd'hui,] les uns et les autres [peuvent-ils] à l'âge de vingt-un ans accomplis, contracter mariage sans le consentement du conseil de famille ; mais jusque-là ce consentement leur est nécessaire. [Art. 159 (loi du 10 mars 1913, art. 2).] Soit qu'il accorde, soit qu'il refuse son consentement, le conseil de famille n'est point obligé de motiver sa délibération[37], qui est exécutoire par elle-

[35] Ainsi, l'enfant dont le père, la mère et l'aïeul maternel sont morts, peut contracter mariage avec le seul consentement de son aïeule maternelle, encore que l'aïeul et l'aïeule paternels refusent de consentir au mariage. Duranton, *loc. cit.* Demolombe, III, 46. Zachariæ, § 467, note 16. Cpr. Poitiers, 8 juillet 1830, Sir., 30, 2, 239.

[36] Marcadé, sur l'art. 150, n° 3. Demolombe, III, 50.

[[36] *bis*. Quand les ascendants sont décédés et que le mineur de vingt et un ans ignore le lieu de leur décès, il prête serment, dans les formes prescrites par l'art. 160, que le lieu de leur décès lui est inconnu. Il en est de même du cas où le mineur de vingt et un ans ignore le lieu du domicile de ces ascendants, encore vivants. Art. 160 (loi du 10 mars 1913, art. 2).]

[[36] *ter*. Loi du 24 juillet 1889, art. 1, Planiol, I[6], n° 1743.]

[37] Il en est ainsi, quand même cette délibération n'est pas unanime. *Nec obstat* Code de procédure, art. 883. Cpr. § 95, texte,

même[38], indépendamment de toute homologation judiciaire[39], et qui, d'ailleurs, n'est pas susceptible d'être réformée, quant au fond, par les tribunaux[40]. [Lorsque l'enfant a été placé dans un établissement charitable, conformément à l'art. 17 de la loi du 24 juillet 1889, et que, par décision de justice, la puissance paternelle a été déléguée à l'Assistance publique, et son exercice à l'établissement charitable qui a recueilli l'enfant, c'est à cet établissement qu'il appartient de consentir au mariage de l'enfant, à l'exclusion des père et mère et de tout autre ascendant. Loi du 24 juillet 1889, art. 17-1°. Lorsque l'enfant a été placé dans un établissement charitable, comme il vient d'être dit, sans que l'attribution ni l'exercice de la puissance paternelle aient été modifiés, les parents conservent le droit de consentir au mariage de l'enfant, dans les conditions du droit commun : mais, au cas où ils refuseraient leur consentement, l'Assistance publique peut les faire citer devant le tribunal de leur domicile, qui a qualité pour autoriser le mariage, les parents entendus ou dûment appelés, en chambre du conseil. Loi du 24 juillet 1889, art. 17-2°.]

Le consentement des père et mère ou des personnes qui les remplacent est requis au moment même de la célébration. Il en résulte que le consentement accordé peut

notes 7 et 8 ; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement, § 5. art. 2, n° 14 ; Duranton, II, 102 ; Zachariæ, § 467, texte et note 7. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 547.

[38] C'est au tuteur qu'il appartient d'en assurer l'exécution. Mais s'il refusait de prêter son assistance à la célébration du mariage autorisé par le conseil de famille, le mineur devrait être admis à le faire celébrer sur la production de la délibération de ce conseil. Vazeille, I, 128.

[39] Cpr. § 95, texte, notes 9 et 10 ; Vazeille, I, 129, Zachariæ, § 467, note 17, *in fine*.

[40] *Non obstat* Code de procédure, art. 883. Merlin, *Rép.*, *v° et locc. citt.* Voy. aussi : Plaidoyer de Bellart pour M. de Vaucresson (*Annales du barreau français*, IX, p. 372 et suiv.); Duranton, II, 101 ; Vazeille, *loc. cit.* ; Demolombe, III, 86. Voy. en sens contraire : Toullier, I, 547 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 399, note *a*, II. Liége, 30 avril 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 485, Cpr., § 96, texte et note 10.

être révoqué jusqu'à la célébration[41]. Il en résulte encore que, si l'ascendant qui a consenti à un mariage projeté vient à mourir avant qu'il ait été célébré, on doit considérer son consentement comme non avenu[42].

[41] Duranton, II, 94. Vazeille, I, 121. Demolombe, III, 56. [On peut d'ailleurs se demander si la révocation intempestive du consentement déjà donné par l'ascendant avant la célébration serait de nature à engager civilement sa responsabilité vis-à-vis du futur conjoint de son descendant. La cour de Lyon l'a admis (23 janvier 1907, Dall., 1908, 2, 73), dans une hypothèse assurément très favorable, le consentement primitivement donné par l'ascendant ayant déterminé le futur conjoint du descendant à modifier, dès avant le mariage, et d'une façon très désavantageuse pour lui, les conditions matérielles de sa vie. Pour la Cour de Lyon, il y a là un exercice abusif, par le père du futur époux, de son droit de révocation. Cette solution, même en écartant l'idée nouvelle et, selon nous peu juridique sur laquelle la cour de Lyon l'a fondée, et dont M. Josserand, dans la note qui accompagne l'arrêt, a encore exagéré l'expression, nous paraît soulever de sérieuses difficultés. Pour raisonner sur l'hypothèse même sur laquelle la cour de Lyon a eu à statuer, nous demanderons comment les choses se passeraient si, le consentement anticipé du père ayant déterminé le futur conjoint de son descendant à modifier, de la même façon, dès avant le mariage, les conditions matérielles de sa vie, le père était décédé avant la célébration, et qu'alors le consentement nécessaire au jour de la célébration fût définitivement refusé, et refusé pour les mêmes raisons, par l'ascendant investi à cette date du droit de consentir au mariage. Le préjudice subi par le futur conjoint de son descendant ne serait pas moindre, et il serait aussi impossible de poursuivre la réparation du préjudice sur le patrimoine et les héritiers du père prédécédé, qui n'a, par hypothèse, commis aucune faute, même en admettant l'idée nouvelle de l'exercice abusif des droits, que sur le patrimoine et la personne de l'ascendant qui refuse son consentement, puisqu'il ne s'est, antérieurement, et pour cause, engagé à rien. Dans la doctrine de l'arrêt de la cour de Lyon, il y a là une situation insoluble. Nous doutons fort de la solidité d'une doctrine qui aboutit à de semblables impasses. Cpr. sur la notion de l'exercice abusif des droits, § 444, note 3.]

[42] *Opus est consensu gradus sequentis.* Duranton, II, 94. Vazeille, *loc. cit.* Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 467, texte et note 19. Voy. en sens contraire : Delvincourt, sur l'art. 148. — MM. Duranton (II, 95) et Vazeille (*loc. cit.*) enseignent que, si le mariage avait été célébré sans opposition de l'ascendant dont le consentement était requis en remplacement de celui qu'avait donné le prédécédé, l'absence

La validité du consentement des père et mère ou autres ascendants se juge d'après les règles suivant lesquelles on apprécie, en général, le mérite légal d'une manifestation de volonté[43]. Dans le cas prévu par l'art. 160, la validité du consentement donné par le conseil de famille se juge d'après les principes qui régissent, en général, les délibérations de ce conseil[44].

La nullité résultant de l'absence ou de l'invalidité du consentement des ascendants, ou du conseil de famille, sous l'autorité desquels les époux se trouvaient placés quant au mariage, peut être invoquée, soit par ceux dont le consentement était requis, soit par celui des deux époux qui avait besoin de ce consentement[45]. Elle ne peut être proposée par d'autres personnes. Art. 182. Ainsi, dans le cas prévu par l'art. 148, l'action en nullité appartient au père et à la mère. Toutefois, la mère ne peut l'intenter sans le concours du père, tant que ce dernier vit et se trouve en état de manifester sa volonté[46]. Dans l'hypo-

de ce consentement n'invaliderait pas le mariage. Nous ne saurions partager cette manière de voir, que rien ne justifie. Tout au plus pourrions-nous l'admettre dans le cas où le décès de l'ascendant qui a consenti au mariage aurait été ignoré des futurs époux. Arg. art. 2008 et 2009. Voy. en ce sens : Demolombe, III, 57 et 58.

[43] Cpr. art. 1109 et suiv. ; §§ 306 et 343. Voy. aussi : § 446, texte n° 4, notes 5 et 6 ; Demolombe, III, 52 ; Zachariæ, § 467, texte et note 18.

[44] Cpr. § 96 ; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage. § 5, art. 2, n° 13 ; Plaidoyer de Ferrère pour Mlle Phélippeaux (*Annales du barreau français*, XIV, p. 1) ; Zachariæ, § 467, note 18 ; Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., 7, 1, 329.

[45] La raison en est que la loi regarde, en pareil cas, comme entaché de séduction le consentement de l'époux qui n'avait point encore atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. Cpr. texte et note 2 *suprà*. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 223 et 224, n[os] 13 et 14 ; p. 416 et suiv., n° 13) ; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 7, n° 2 ; Duranton, II, 295 ; Demolombe, III, 271.

[46] Le silence du père emporte confirmation du mariage, parce que sa volonté fait loi, en cas de dissentiment. Arg. art. 148 cbn. 183. Duranton, II, 286. Vazeille, I, 266. Delvincourt, sur l'art. 182. Allemand, I, 577. Demolombe, III, 272. Voy. cependant Marcadé, sur l'art. 182, n° 2. Suivant cet auteur, la mère serait sans qualité

thèse dont s'occupe l'art. 150, l'action compète aux aïeuls ou aïeules de l'une et de l'autre lignes. Mais l'une des lignes ne peut l'exercer contre le gré de l'autre[47]; et les aïeules ne peuvent agir sans le concours des aïeuls de la ligne à laquelle elles appartiennent, à moins que ceux-ci ne soient décédés, ou incapables de manifester leur volonté[48]. Enfin, dans le cas de l'art. 160, l'action appartient, non à tel ou tel parent isolé, mais au conseil de famille, qui doit charger le tuteur ou un de ses membres de l'exercer en son nom[49].

L'action en nullité dont s'agit est exclusivement attachée à la personne de ceux auxquels elle est accordée. Elle ne peut être exercée par leurs créanciers[50], elle ne passe point à leurs héritiers[51]; et les ascendants d'un

pour former l'action en nullité même après le décès du père. Mais l'assimilation qu'il prétend établir, pour justifier son opinion, entre le cas où l'enfant aurait encore son père et sa mère et celui où, son père étant mort, il ne lui resterait plus que sa mère et son aïeul paternel, est complètement inexacte. Si, dans le premier cas, le consentement de la mère n'est pas absolument nécessaire, il doit du moins être demandé, tandis que dans le second il n'est pas même besoin de consulter l'aïeul paternel.

[47] L'action en nullité formée par l'une des lignes tomberait-elle devant l'approbation donnée au mariage par l'autre ligne, dans le cours de l'instance? Si la rigueur des principes conduit à la solution négative, il se présente cependant une grave considération qui semble devoir faire admettre l'affirmative : la demande en nullité de mariage n'aurait plus en pareil cas d'objet sérieux, puisque, après l'annulation de leur union, les époux pourraient contracter un nouveau mariage, avec le seul consentement des ascendants qui avaient ratifié le premier. Duranton, II, 291. Demolombe, III, 275. [Voy. en ce sens : Paris, 1er février 1894, Dall., 1894, 2, 456. Cpr. note 57 *infrà*.]

[48] Arg. art. 150 cbn. 183. Cpr. la note précédente ; Delvincourt, I, p. 152 ; Toullier, I, 613 : Duranton, II, 291 ; Zachariæ, § 467, texte et note 22.

[49] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 416 et suiv., n° 13). Toullier, I, 613. Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 292. Vazeille, I, 263. Demolombe, III, 276.

[50] Cpr. § 312, note 31 ; et les autorités citées à la note suivante.

[51] Duranton, II, 289. Vazeille, I, 267. Demolombe, III, 279. Cpr. Caen, 22 mai 1850, Sir., 52, 2, 566. — Des héritiers des ascendants ne pourraient pas même continuer l'action en nullité qui aurait été

degré plus éloigné ne succèdent pas à celle qui compétait aux ascendants d'un degré plus proche[52].

La confirmation, expresse[53] ou tacite[54], des personnes dont le consentement était requis, ou l'écoulement d'une année sans réclamation de leur part[55], à partir de l'époque à laquelle elles ont eu connaissance du mariage[56], couvre,

introduite par leurs auteurs. Mais il en est autrement des héritiers de l'époux qui serait décédé après avoir intenté l'action en nullité que la loi lui accordait. Cpr. note 17 *suprà* ; Duranton, II, 290 ; Vazeille, *loc. cit.* ; Zachariæ, § 467, note 23.

[52] Duranton, *loc. cit.* Toullier et Duvergier, I, 613. Marcadé, sur l'art. 182, nº 2. Demolombe, III, 280. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. cep. Vazeille, I. 268.

[53] Les dispositions de l'art. 1338 ne s'appliquent pas à la confirmation dont il est ici question. Cpr. Duranton, II, 301 ; Demolombe, III, 281.

[54] Cpr. sur la confirmation tacite : Toullier, I, 614; Duranton, *loc. cit.*; Demolombe, *loc. cit.*

[55] C'est-à-dire sans qu'ils aient intenté l'action en nullité qui leur était ouverte. Zachariæ, § 467, texte et note 27.

[56] Cpr. Merlin, *Rép.*, vº Mariage, sect. VI : § 2, quest. 1, sur l'art. 183; Duranton, II. 302 : Civ. cass., 16 avril 1817, Sir. 17, 1, 232. [Nous pensons que la preuve que les personnes dont le consentement était requis ont eu connaissance du mariage depuis plus d'une année incombe au défendeur à la nullité. Lyon, 18 juillet 1894, Sir., 1897, 2, 113. Cette question est très différente de celle que nous avons résolue à la note 21 *suprà*. L'extinction de l'action en nullité dépend ici de l'écoulement d'un délai dont le point de départ n'est fixé ni par la date d'un fait matériel, comme dans l'hypothèse de l'art. 181 et dans celle de l'art. 316 1º et 2º, ni par la date d'un acte juridique, comme dans l'hypothèse de l'art. 1304. Ce délai a pour point de départ, en règle, un simple fait psychologique, ce qui est tout à fait différent. Nous nous demandons, d'ailleurs, pour le cas où l'on entendrait mettre la preuve à la charge des personnes dont le consentement est requis, lorsque ces personnes demandent la nullité, si l'on étendrait cette solution au cas où l'action en nullité résultant du défaut de consentement de ces personnes serait exercé par l'époux auquel ce consentement était nécessaire, à supposer qu'il l'eût lui-même personnellement conservée. L'expiration du délai de l'art. 183 couvrant, même vis-à-vis de cet époux, la nullité (Cpr. note 57 *infrà*), la même question de preuve se poserait, et il serait rigoureusement logique, mais il nous paraîtrait bien peu raisonnable d'imposer à cet époux de faire la preuve que cette personne n'a pas eu connaissance du mariage depuis plus d'un an.]

d'une manière générale et absolue[57], la nullité dont il est actuellement question. Art. 183.

L'action en nullité qui compète aux ascendants ne s'éteint, ni par la mort de l'époux qui avait besoin de leur consentement, ni par la circonstance qu'il aurait atteint l'âge auquel ce consentement n'est pas absolument indispensable[58]. Au contraire, l'action en nullité qui appartient au conseil de famille cesse par la mort ou par la majorité

[57] C'est-à-dire, non seulement par rapport aux personnes dont le consentement était requis, mais encore relativement à l'époux qui avait besoin de ce consentement. Cpr. Toullier, I, 619 : Duranton, II, 300 et 305 ; Demolombe, III, 290. — La confirmation des personnes dont le consentement était requis peut-elle, lorsqu'elle n'intervient que postérieurement à l'action en nullité intentée par l'époux qui avait besoin de ce consentement, arrêter le cours de cette action ? Voy. pour l'affirmative : Delvincourt, I, p. 153 ; Duranton, II, 304 ; Duvergier, sur Toullier, I, 614, note 1 ; Valette, sur Proudhon, I, p. 435, note *a* ; Demolombe, III, 275. Cette opinion nous paraît également contraire au texte de l'art. 183, et au principe que la recevabilité d'une action se juge dans l'état où elle a été intentée. Le caractère particulier de la demande, et la circonstance qu'elle n'est pas susceptible d'acquiescement, ne sont pas, à notre avis, de nature à modifier ce principe. Par cela même que l'époux qui avait besoin pour contracter mariage du consentement de ses ascendants a formé son action en nullité avant toute confirmation expresse ou tacite de la part de ces derniers, cette action constitue pour lui un droit acquis, dont il ne peut plus être privé par le fait d'un tiers. Zachariæ, § 467, note 25, *in fine*.

[58] Delvincourt, I, p. 153. Duranton, II, 298. Zachariæ, § 467, note 28. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 282. Notre savant collègue prétend que l'action en nullité n'étant accordée aux ascendants qu'à raison de l'autorité dont ils sont investis, leur action n'a plus de base, dès que cette autorité est venue à cesser pour une cause quelconque. Mais ce point de vue nous paraît manquer d'exactitude. Le droit de consentir au mariage n'est pas seulement accordé aux ascendants dans l'intérêt et pour la protection de leurs descendants, mais aussi dans leur intérêt propre, et en vue des conséquences préjudiciables que le mariage pourrait entraîner pour eux-mêmes, et pour la famille tout entière. Comment admettre que, si un fils de famille, marié sans le consentement de ses père et mère, venait à mourir, laissant sa femme enceinte, ces derniers fussent, par le fait même de ce décès, privés du droit d'attaquer le mariage ? Comment surtout admettre que, si un mariage contracté dans les mêmes circonstances avait été caché aux père et mère jusqu'au moment de la majorité déter-

de l'époux qui avait à se pourvoir de son consentement[59].

L'époux marié sans le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouvait placé quant au mariage, est, en particulier[60], non recevable à exercer l'action en nullité que la loi lui ouvre, lorsqu'il ne l'a pas introduite dans le délai d'un an[61], à partir de l'époque à laquelle il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage[62]. Son action est également non recevable lorsque, après avoir atteint cet âge, il a confirmé le mariage[63],

minée par l'art. 148, ceux-ci fussent désormais non recevables à en faire prononcer l'annulation?

[59] La mort ou la majorité de l'époux enlève à son ci-devant conseil de famille tout principe, non seulement d'autorité, mais même d'existence. Toullier, I, 613. Marcadé, sur l'art. 182, n° 2. Allemand, I. 588. Demolombe, *loc. cit.* C'est à tord que Duranton, II, 293 et 303, distingue entre la mort et la majorité : un individu majeur n'a pas plus de conseil de famille qu'un individu décédé.

[60] Les fins de non-recevoir dont il va être actuellement question ne peuvent être opposées aux ascendants dont le consentement était requis. Locré et Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 618. Duranton, II, 299. Vazeille, I, 264. Allemand, I, 594. — M. Demolombe, III, 291, est encore sur ce point d'avis contraire, et ce, par application de la doctrine que nous avons combattue à la note 58 *supra*. Cpr. aussi Zachariæ. § 467, note 29.

[61] Il en est ainsi, quoique les deux époux n'aient pas cohabité durant cet espace de temps. L'art. 183 est tout autrement rédigé que l'art. 181. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 et 4 sur l'art. 183. Zachariæ, § 467, note 31. Cpr. note 64 *infrà*.

[62] Ce délai [courait donc avant la loi du 21 juin 1907], pour les garçons, à partir de l'âge de vingt-cinq ou de vingt-un ans, suivant qu'ils avaient ou n'avaient pas d'ascendants à l'époque où ils [avaient] contracté mariage. Arg. art. 148 à 150 cbn. 160. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2, sur l'art. 183. Duranton, II, 307. Valette, sur Proudhon, I, p. 436, note *a*. Demolombe, III, 284. Zachariæ, § 467, texte et note 30. Cpr. Vazeille, I, 271. — Toullier, I, 615, et Delvincourt I, p. 154, [enseignaient], au contraire, que le délai dont il s'agit [courait] invariablement, pour les garçons comme pour les filles, à partir de l'âge de vingt-un ans. Cette opinion, qui [était] en opposition manifeste avec le texte de l'art. 183, [était] également contraire à l'esprit de la loi. [Depuis la loi du 21 juin 1907, il en est autrement : le delai dont il s'agit court invariablement, pour les garçons comme pour les filles, à partir de l'âge de vingt-un ans.]

[63] Arg. *a fortiori*, art. 183, *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*,

soit expressément, soit tacitement[64], ou lorsqu'il a employé des manœuvres frauduleuses pour se soustraire à l'obligation de rapporter le consentement de ses ascendants ou du conseil de famille[65].

Du reste, l'officier de l'état civil, qui a procédé à un mariage pour la validité duquel la loi exigeait le consentement des ascendants ou du conseil de famille, sans être assuré de l'existence de ce consentement, est passible d'une amende de seize à trois cents francs, sans préjudice de peines plus fortes en cas de collusion. Art. 156 [[65 *bis*]] cbn. 192. Code pénal, art. 193 et 195[66]. Ces peines, dont

IV, p. 456, nº 18). Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 616. Duranton, II, 308 à 311. Vazeille, I, 271.

[64] Les tribunaux pourront, suivant les circonstances, trouver une preuve de la confirmation tacite du mariage dans la cohabitation, quelque courte qu'en ait été la durée. D'une part, en effet, l'art. 181 est inapplicable à l'hypothèse qui nous occupe; d'autre part, l'art. 183, en donnant à l'époux une année pour intenter son action en nullité, suppose qu'il n'a pas, avant l'expiration de ce délai, confirmé le mariage. Cpr. note 61 *suprà*. Delvincourt, sur l'art. 183. Toullier, I, 616. Vazeille, I, 271. Duranton, II, 312. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 288.

[65] Arg. art. 1207. Duranton, II, 296. Demolombe, III, 289.

[[65] *bis*. Avant la loi du 21 juin 1907, l'officier de l'état civil était en outre, passible d'un emprisonnement de six mois à un an. Cette peine a été supprimée par la loi du 20 juin 1907, art. 11. Cpr. la note suivante.]

[66] L'art. 156 du Code civil et l'art. 193 du Code pénal ont pour objet de réprimer un seul et même délit. Le second forme le complément du premier, en ce qu'il détermine le maximum de l'emprisonnement [avant la loi du 21 juin 1907, qui supprime cette peine] et le minimum de l'amende. La rédaction de l'art. 156 du Code civil diffère cependant de celle de l'art. 193 du Code pénal, en ce que, d'après le premier de ces articles, l'officier de l'état civil est passible des peines qui y sont prononcées, par cela seul qu'il n'a point énoncé dans l'acte de mariage le consentement des ascendants ou du conseil de famille, tandis que, d'après le second, l'officier de l'état civil n'est punissable que lorsqu'il ne s'est pas assuré de l'existence de ce consentement. Sous ce rapport, on peut dire que l'art. 193 du Code pénal déroge à l'art. 156 du Code civil. Zachariæ, p. 454, note 8. Voy. cep. Duranton, II, 103; Valette sur Proudhon, I, p. 215, note *b*; Demolombe, III, 91. [Nous devons toutefois faire observer que cette dérogation de l'art. 193 du Code pénal à l'art. 156 du Code civil, qui se ramène, en somme, à une

l'application peut être poursuivie par le ministère public, sans le concours des parties intéressées[67], doivent être prononcées contre l'officier de l'état civil, quoique la nullité du mariage n'ait point été demandée, ou que cette nullité se trouve couverte, et quand même aucune opposition n'aurait été formulée[68].

Des enfants naturels. — Les dispositions des art. 148 et 149, applicables aux enfants naturels légalement recon-

abrogation partielle de celui-ci par celui-là, n'est indiscutable que si l'on raisonne sur l'art. 156 du Code civil antérieurement à la loi du 21 juin 1907. Alors, en effet, l'art. 156 est antérieur en date à l'art. 193, qui a pu y déroger et l'abroger. Mais l'art. 156 ayant été littéralement reproduit, sur le point qui nous occupe, par la loi du 21 juin 1907, sans qu'il ait été fait la moindre allusion à la correction que l'application de l'art. 193 du Code pénal conduit à y apporter, on peut aujourd'hui se demander si le caractère du délit évidemment unique visé par l'art. 156 et par l'art. 193 ne s'est pas modifié, et si ce délit ne consiste pas aujourd'hui exclusivement dans le fait, par l'officier de l'état civil, de ne pas énoncer dans l'acte de mariage le consentement des personnes visées par ces textes, de telle sorte que la peine soit encourue par l'officier de l'état civil, alors même qu'il se serait assuré de l'existence de ce consentement, comme l'indique l'art. 193, s'il ne l'a pas expressément énoncé dans l'acte de mariage, comme le veut l'art. 156. Pour les personnes qui prennent à la lettre toutes les expressions de la loi du 21 juin 1907, il nous semble que cette conclusion s'impose. Cpr. § 454, note 6 *bis suprà*. S'il y a eu abrogation de l'ancien art. 156 par l'art. 193, il y a eu contre-abrogation, si nous pouvons ainsi parler, de l'art. 193 par l'art. 156 nouveau, bien que le texte, sur ce point, n'en ait pas été changé. Nous pensons, au contraire, qu'il ne faut pas attacher un sens aussi rigoureusement technique à la rédaction un peu hâtive de la loi du 21 juin 1907. Cpr. § 454, note 6 *bis suprà*. Il serait d'ailleurs bien singulier que la loi du 21 juin 1907, qui a eu incontestablement pour objet d'adoucir la répression du délit visé par l'art. 193 comme par l'art. 156, puisqu'elle a supprimé la peine de l'emprisonnement de l'art. 193, l'eût en même temps aggravée d'un autre côté, en étendant l'application de la peine qu'elle maintenait, l'amende, à une hypothèse qui échappait antérieurement à toute répression.]

[67] *Non obstat* art. 156 : Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1, et suiv. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 454, note 9; et § 467, note 34, *in fine*. Turin, 6 avril 1808, Sir., 10, 2, 65.

[68] Zachariæ, § 467, note 34 *in medio*

nus [(art. 158 ancien, et loi du 21 juin 1907, art. 13)], [ont été modifiées, en ce qui les concerne, par l'art. 158 nouveau, rédaction de la loi du 10 mars 1913, art. 2. Aux termes du nouveau texte, l'enfant naturel légalement reconnu ne peut, avant vingt et un ans accomplis, contracter mariage sans avoir obtenu le consentement de celui de ses père ou mère qui l'a reconnu, ou de l'un et de l'autre, s'il a été reconnu par tous deux. En cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement de celui des deux qui exerce la puissance paternelle suffit. Pareillement, si l'un des deux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit] [69].

Si l'enfant naturel n'a été reconnu, ni par son père, ni par sa mère, ou bien encore, si les parents qui l'ont reconnu sont [l'un et l'autre] décédés [[69] *bis*], ou se trouvent [l'un et l'autre] dans l'impossibilité de manifester leur volonté, il ne peut contracter mariage, avant l'âge de vingt-un ans accomplis, sans le consentement [du] conseil de famille [70] [c'est-à-dire, d'un conseil de famille composé d'amis [71], tant sous le régime de l'art. 159 ancien [72], que sous celui de la loi du 21 juin 1907, art. 14 [72] *bis*; mais

[69] [Voy. pour la législation antérieure] : Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n° 10. Demolombe, III, 89. Zachariæ, § 467, texte et note 35.

[[69] *bis*. Voy. sur la preuve du décès, art. 160 *in fine* (loi du 10 mars 1913, art. 2).]

[70] Le tuteur général, qui aurait été nommé à cet enfant, ne pourrait donc consentir à son mariage qu'après avoir reçu un pouvoir spécial à cet effet. Toullier, I, 551, note 2. Duranton, II, 116. Delvincourt, I, p. 119. Demolombe, III, 89. De Fréminville, *De la minorité*, II, 744. Cpr. Bordeaux, 9 juin 1863.

[71] Arg. art. 407 et 409. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 330, n°s 27 et 28). Toullier et Delvincourt, *locc. citt.* Duranton, II, 117. Vazeille, I, 131. Valette, sur Proudhon, I, p. 399, note *a*. Demolombe, III, 89.

[72] Cet article ne fait pas, plus que le précédent, mention des aïeuls et aïeules. L'enfant naturel n'a, aux yeux de la loi, d'autres ascendants que ses père et mère. *Observations du Tribunat* et *Exposé de motifs* (Locré, *Lég.*, IV. p. 452, n° 5, p. 487, n° 16. Zachariæ, § 467, note 38).

[[72] *bis*. La loi du 2 juillet 1907, art. 3, dispose que les fonctions dévo-

aujourd'hui, depuis la loi du 10 mars 1913, du conseil de famille prévu à l'art. 389 modifié par la loi du 2 juillet 1907, c'est-à-dire du tribunal civil statuant en chambre du conseil. Art. 159 nouveau. (Loi du 10 mars 1913, art. 2).]

Ce qui a été dit précédemment sur l'exercice et l'extinc-

lues au conseil de famille des enfants légitimes sont remplies, à l'égard des enfants naturels, par l'autorité judiciaire, pour toutes les questions relatives à l'organisation et à la surveillance de la tutelle de ces mineurs. Il y avait, avant la loi du 10 mars 1913, des jurisconsultes qui pensaient que cette substitution de l'autorité judiciaire au conseil de famille des enfants naturels mineurs, édictée par la loi du 2 juillet 1907, était absolument générale, que, par conséquent, l'art. 14 de la loi du 21 juin 1907, qui avait modifié l'art. 159 du Code civil, et qui y avait substitué le conseil de famille au tuteur *ad hoc* dont parlait l'ancien texte, avait été modifié lui-même par la loi du 2 juillet 1907, de telle sorte que le tuteur *ad hoc* de l'ancien art. 159 se trouvait remplacé, non pas par le conseil de famille (Loi du 2 juin 1907, art. 14) mais par l'autorité judiciaire (Loi du 2 juillet 1907 art. 3). Telle serait, paraît-il, la pratique constante de l'état civil à Paris. — Nous pensons, avec M. Planiol, I[6], n° 760 à 762, que cette pratique, jusqu'à la loi du 10 mars 1913, a été irrégulière. La loi du 2 juillet 1907 a eu pour objet, dans son art. 3, qui le dit expressément, de *compléter* l'art. 389 du Code civil, qui ne vise que l'administration légale des biens de l'enfant naturel mineur, et il est indiqué, à la fin du second paragraphe du texte, que la substitution de l'autorité judiciaire au conseil de famille se produit pour toutes les questions relatives à l'organisation ou à la surveillance de la tutelle de cet enfant. Il nous paraît difficile de faire sortir d'un texte aussi nettement limité, tant par la désignation et l'objet de celui qu'il prétend modifier que par l'étendue qu'il assigne à l'innovation qu'il introduit, une abrogation partielle de l'art. 14 de la loi du 21 juin 1907. En laissant de côté cette argumentation de texte, nous ajouterons, non seulement que le droit de consentir au mariage de l'enfant naturel est, en lui-même, quelque chose de très différent de l'autorité tutélaire qui veille sur sa personne et sur ses intérêts, et qu'il ne va par conséquent pas de soi que l'un et l'autre soient nécessairement attribués aux mêmes personnes, quand la tutelle fonctionne encore, mais surtout qu'à supposer que la tutelle de l'enfant ait pris fin par l'émancipation, l'intervention de l'autorité judiciaire dans le mariage de l'enfant naturel émancipé ne se comprend plus du tout. Ces raisons, la dernière surtout, n'ont rien perdu de leur force depuis la loi du 10 mars 1913, et nous maintenons, pour la période antérieure à cette loi, la solution qu'elles imposent.]

tion de l'action en nullité du mariage contracté par un enfant légitime sans le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouvait placé, s'applique au cas où un enfant naturel s'est marié sans le consentement de son père ou de sa mère. Mais le mariage qu'un enfant naturel aurait contracté, en contravention aux dispositions de l'art. 159, sans le consentement du [conseil de famille[73]]

[73] L'art. 182 [en tant qu'il se référait, antérieurement à la loi du 21 juin 1907, à l'art. 159 ancien, n'ouvrait] en effet d'action en nullité que contre les mariages célébrés sans le consentement des père et mère, des ascendants, ou du conseil de famille, dans le cas où ce consentement était nécessaire, et non contre les mariages contractés, sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*, en contravention aux dispositions de l'art. 159 [ancien.] Le silence gardé par l'art. 182 [était] d'autant plus concluant que le Tribunat avait, en faisant remarquer cette omission, demandé qu'on ajoutât les mots *du tuteur ou du curateur*, à la suite de ceux-ci : *des ascendants ou du conseil de famille*, et que, malgré cette observation, on ne modifiât pas, sous ce rapport, la rédaction de l'art. 182, auquel on fit cependant subir un autre changement, que le Tribunat avait également demandé. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 431, art. 29, p. 455 et 456, n° 17, p. 464, art. 33; Vazeille, I, 269; Zachariæ, § 467, texte et note 39. [Il nous paraît donc certain, et nous l'avions toujours démontré, dans nos précédentes éditions, par le rapprochement de l'art. 159 et de l'art. 182, qu'avant la loi du 21 juin 1907, l'action en nullité du mariage contracté par l'enfant naturel sans le consentement de la personne qui avait qualité pour y consentir, ne pouvait être exercée par cette personne. Aujourd'hui, la loi du 27 juin 1907 ayant substitué, dans l'art. 159 nouveau, le conseil de famille au tuteur *ad hoc*, l'argument que nous tirions, dans nos précédentes éditions, du rapprochement de l'art. 159 et de l'art. 182, pour refuser l'action en nullité à la personne dont le consentement est nécessaire au mariage de l'enfant naturel, n'a plus, semble-t-il, aucune valeur. Nous pensons, au contraire, que ni cette solution, ni l'argumentation sur laquelle nous la fondions, n'ont été atteintes par la loi de 1907. En substituant le conseil de famille au tuteur *ad hoc* dans l'art. 159, le législateur de 1907 a certainement modifié la détermination de la personne appelée à consentir au mariage de l'enfant naturel, mais il ne s'ensuit nullement qu'il ait entendu modifier aussi le caractère de l'intervention de cette personne, et la sanction du défaut de consentement. Admettre le contraire serait, croyons-nous, étendre outre mesure la notion de l'abrogation des lois anciennes par les lois nouvelles. Cpr. § 29, note 5. Nous ajouterons que l'on comprend d'autant mieux le maintien de cette différence entre l'enfant légitime et l'enfant

nommé à cet effet, ne pourrait être argué de nullité, ni par le tuteur, ni par l'enfant [73 *bis*].

§ 463.

b. *Des empêchements simplement prohibitifs.*

Ces empêchements sont les suivants:

1° La personne engagée dans les liens d'un mariage entaché de nullité ne peut, avant la dissolution ou

naturel, le conseil de famille de l'un pouvant agir en nullité (Cpr. note 49 *suprà*), alors que, dans notre opinion, celui de l'autre ne le peut pas, que le conseil de famille de l'enfant naturel ne peut être, en droit, aujourd'hui encore, qu'un conseil de famille composé d'amis, qu'il ne présente pas, jusqu'à nouvel ordre, le caractère d'institution familiale que présente celui de l'enfant légitime. Cela est si vrai que pour tout ce qui concerne la tutelle de l'enfant naturel et l'administration des biens, la loi du 2 juillet 1907 a pu substituer au conseil de famille l'autorité judiciaire. Enfin, cette loi du 2 juillet 1907 nous fournira elle-même un dernier argument. Il serait singulier que la loi du 21 juin 1907 eût augmenté, par la concession de l'action en nullité, les pouvoirs du conseil de famille, à la veille de la loi du 2 juillet 1907, qui allait réduire si considérablement son rôle, en lui substituant l'autorité judiciaire en matière de tutelle.]

[73 *bis*. Sous le régime antérieur à la loi du 21 juin 1907, plusieurs auteurs,] tout en accordant que le mariage [ne pouvait], en pareil cas, être attaqué par le tuteur, [enseignaient] qu'il [pouvait] l'être par l'enfant. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 152; Duranton, II, 294; Valette, sur Proudhon, I, p. 434, note *a*; Marcadé, sur l'art. 183, n° 3; Demolombe, III, 278. Cette opinion [était] contraire au principe bien certain en matière de mariage, que l'action en nullité n'est ouverte que dans les cas formellement déterminés par la loi, et il [fallait] bien se garder de transporter, dans cette matière, les règles ordinaires sur les effets de l'incapacité de contracter. On ne [devait] pas perdre de vue que, dans l'hypothèse qui nous occupe, aucun intérêt de famille ne se trouve engagé; et c'est là probablement le motif qui [avait] porté le Conseil d'État à ne pas déférer à la demande du Tribunat [en ce qui concerne l'octroi de l'action en nullité au tuteur. Cpr. la note précédente. La loi du 21 juin 1907 n'ayant, selon nous, rien changé, sur ce dernier point, à l'art. 182, elle n'a rien changé, non plus, à la situation de l'enfant naturel lui-même].

l'annulation de ce mariage, en contracter un autre[1].

2° Le mariage est prohibé, à raison du lien qu'engendre l'adoption : entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants légitimes[2]; entre les enfants adoptifs du même individu; entre l'adopté et les enfants légitimes qui pourraient survenir à l'adoptant; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement, entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté[3]. Art. 348.

3° La femme, dont le mariage a été dissous [par la mort] ou annulé[4], par quelque cause que ce soit, ne peut se remarier que dix mois après la dissolution ou l'annula-

[1] Arg. art. 147 cbn. 189. Maleville, sur l'art. 147. Delvincourt sur l'art. 189. Zachariæ, § 468, texte *in principo.*

[2] Il ne peut exister aucun lien de parenté. ni civile, ni naturelle, entre l'adoptant et les enfants naturels de l'adopté. D'ailleurs la prohibition ne saurait être étendue aux enfants naturels, par cela même que l'art. 338 ne les désigne pas en terme exprès. Arg. art. 161, 162 et 163. Cpr. § 461, note 8; Demolombe, III, 109; Zachariæ, § 463, texte et note 1. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 173, à la note.

[3] Proudhon, I, p. 403, Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 29, Vazeille, I, 225, et MM. du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 159, rangent au nombre des empêchements dirimants celui qui résulte des prohibitions portées par l'art. 348. Mais cette opinion, que ces auteurs n'ont pas même cherché à justifier, est en opposition avec le principe qu'il n'existe pas, en matière de mariage, de nullités virtuelles. Cpr. § 458, texte et note 2. L'art. 184 n'ouvre d'action en nullité pour cause d'inceste qu'en raison de la violation des prohibitions établies par les art. 161, 162 et 163. On ne saurait donc, sans ajouter à la lettre de la loi et même sans fausser son esprit, étendre cette action en nullité en cas de violation des dispositions de l'art. 348. Voy. en ce sens : Marcadé, sur l'art. 348, n° 2; Demolombe, III, 338; Zachariæ, § 468, note 2.

[4] Arg. art. 228 et 296. *Par est ratio.* Duranton, II, 176, à la note. Vazeille, I, 102. Marcadé, sur l'art. 228, n° 2. Demolombe, III, 124. Glasson, n° 163. Zachariæ, § 468, note 5. Trèves, 30 avril 1806, Sir., 6, 2, 139. [Les modifications apportées par la loi du 13 juillet 1907 (art. 296 nouveau) au calcul de ce délai en cas de dissolution du premier mariage par le divorce ne sauraient être étendues au cas où le premier mariage serait annulé, l'exercice de l'action en nullité n'impliquant pas, notamment quand les époux y sont défendeurs, la séparation provisoire qui peut résulter de la procédure du divorce, même dès avant qu'il intervienne, dans cette procédure, un jugement proprement dit. Art. 236].

tion de ce mariage[5]. Art. 228 et 296[6] [ancien]. [Si le mariage a été dissous par le divorce, elle peut se remarier à partir de la transcription du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce, dès qu'il s'est écoulé trois cents jours depuis le prononcé[6] *bis* du premier jugement, préparatoire, interlocutoire, ou au fond, rendu dans la cause[6] *ter*,

[5] Delvincourt, I, p. 125, et Proudhon, I, p. 404, et II, 49, enseignent que cet empêchement est dirimant. Mais leur opinion a été rejetée par les autres auteurs et par la jurisprudence. Locré, II, p. 379. Merlin, *Rép.*, v° Noces (secondes), § 2, n° 1. Toullier, I, 651, et II, 664. Duranton, *loc. cit.* Vazeille, I. 100. Marcadé, *loc. cit.* Valette, sur Proudhon, I. p. 404 et 405. Demolombe, III, 337. Zachariæ, § 468, texte et note 6. Dijon, 3 juillet 1807, Sir., 7, 2, 321. Colmar, 7 juin 1808. Sir., 9, 2, 168. Civ. rej., 29 octobre 1811, Sir., 12, 1, 46.

[6] Cpr. Code pénal, art. 194.

[[6] *bis*. Nous n'exigeons, ni que le jugement ait été signifié, ni qu'il soit passé en force de chose jugée. L'une et l'autre exigences nous paraîtraient contraires à l'esprit de la loi du 13 juillet 1907, qui a voulu faire courir le délai dont il s'agit, du jour où s'est publiquement manifesté, par le premier jugement intervenu, le caractère durable et réfléchi de la mésintelligence des époux, exclusive de toute présomption de rapprochement physique entre eux et, par conséquent, de toute probabilité d'une *turbatio sanguinis*, au cas où le second mariage de la femme suivrait de près la dissolution du premier par le divorce. Nous admettrions par conséquent que ce délai court à dater de ce premier jugement, alors même que ce jugement serait reformé au cours de la procédure du divorce. Quant à l'exigence de la signification, elle nous paraît, en particulier, d'autant plus inadmissible que la signification se rattache à l'exécution des jugements, et que la question que nous discutons n'a aucun rapport avec l'exécution du jugement sur lequel nous raisonnons].

[[6] *ter*. La loi du 13 juillet 1907, en modifiant, comme elle l'a fait, le calcul du délai de l'art. 296, a eu manifestement en vue le cas, de beaucoup le plus fréquent, où une séparation provisoire des époux s'est régulièrement produite au cours et en conséquence de la procédure de divorce, ce qui rend invraisemblable le rapprochement physique des époux à cette date, et ce qui exclut, par conséquent, l'éventualité de la *turbatio sanguinis*, en cas de second mariage de la femme. Il aurait été, dans ces conditions, semble-t-il, plus exact : 1° de faire courir le délai de trois cents jours à partir de celui où la séparation provisoire serait autorisée par le juge, en dehors de tout jugement proprement dit, par exemple, dans l'ordonnance rendue aux termes de l'art. 236 ; 2° de ne faire courir

Art. 296 (Loi du 13 juillet 1907, art. 1) et aussitôt après la transcription de ce jugement ou de cet arrêt, s'il s'agit d'un jugement ou d'un arrêt prononçant la conversion de la séparation de corps en divorce. Art. 296 (Loi du 13 juillet 1907, art. 2).]

4° Les époux divorcés ne peuvent plus se réunir[7] [si l'un ou l'autre, dans l'intervalle de la transcription du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce à la célébration d'un nouveau mariage entre eux, a contracté, avec une autre personne, un second mariage, dissous lui-même par le divorce[8]. Art. 295.

ce délai, même à dater du premier jugement rendu au cours de la procédure de divorce, qu'autant que cette séparation, qui n'aurait pas été autorisée jusque-là, devait en résulter. Le législateur de 1907 s'est arrêté à une formule différente, qui a peut-être l'avantage de déterminer d'une façon plus sûre le moment où la mésintelligence des époux prend le caractère distinctif qui justifie l'anticipation du point de départ du délai de trois cents jours. Cpr. note 6 *bis suprà*. Nous pensons dès lors que ce délai ne commence à courir que du jour du premier jugement rendu, même s'il y a eu antérieurement séparation provisoire des époux dans les termes de l'art. 236 ou de l'art. 238, et qu'il court, même si, au jour du premier jugement rendu, cette séparation ne s'est pas produite ou n'a pas été autorisée par le juge].

[7] Proudhon, I, 406, range encore cet empêchement au nombre des dirimants. Voy. dans le sens de cette opinion : Toullier, I, 651; Duranton, II, 178; Demolombe, III, 339; Zachariæ, § 468, texte et note 4.

[8] Quoique le divorce [eût] été aboli [en 1816,] il [pouvait] encore exister [à la date de notre quatrième édition,] des époux divorcés antérieurement à la loi du 8 mai 1816. Voilà pourquoi nous avons cru devoir [y] mentionner les empêchements résultant des art. 295 et 298. Mais nous [passions] en silence l'empêchement établi par l'art. 297, dont l'application ne peut plus avoir lieu aujourd'hui. — MM. Vazeille, I, 103, et Zachariæ, § 468, note 4, *in fine*, [prétendaient] que la loi qui [avait] aboli le divorce [avait] virtuellement rendu aux époux antérieurement divorcés le droit de se réunir. Voy. dans le même sens : Toullier, I, 556; Duranton, II, 180; Valette, sur Proudhon, I, p. 406, note *a*; Marcadé, II, p. 46, n° 4. Les considérations que [présentaient] ces auteurs [auraient été] sans doute très puissantes, s'il [s'était agi] de discuter, dans une assemblée législative, le maintien ou la levée de la prohibition établie par l'art. 296; mais nous ne pensons pas que, dans l'état de la législation [de 1816 à 1884], elles [eussent pu] prévaloir contre

1° (Loi du 27 avril 1884)[8 bis]] Art. 295 [8 ter].

[5° La loi du 15 décembre 1904, abrogeant l'art. 298[10],

le texte formel de la loi du 8 mai 1816, qui, en abolissant le divorce pour l'avenir, [avait] laissé subsister les effets attachés, par le titre VI, liv. I, du Code Napoléon, aux divorces antérieurement prononcés. Duvergier, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 24. Demolombe, III, 125 et 329. Paris, 14 juin 1847, Sir., 47, 2, 400.

[[8] *bis*. L'ancien art. 295 décidait, avant l'abolition du divorce par la loi du 8 mai 1816, que les époux divorcés, dans quelques conditions que ce fût, ne pouvaient plus se réunir. Dans l'intervalle de l'abolition du divorce par la loi du 8 mai 1816 à son rétablissement par la loi du 27 juillet 1884, cet empêchement prohibitif de l'ancien art. 295 ne présentait plus aucun intérêt pour les époux non encore divorcés à la date du 8 mai 1816. Nous avions cru, néanmoins, devoir le mentionner dans le texte de nos précédentes éditions, à raison de l'existence possible, à cette époque, d'époux déjà divorcés et encore vivants après la loi du 8 mai 1816. Cela ne présente plus d'intérêt aujourd'hui, si ce n'est à raison des dissidences qui s'étaient élevées alors entre les auteurs, quant à la détermination des effets précis de l'abolition du divorce par la loi du 8 mai 1816. L'indication de ces dissidences peut servir, aujourd'hui encore, dans les discussions relatives à l'étendue de l'abrogation des lois anciennes par les lois nouvelles. Cpr. § 30, texte et notes 5 et 6].

[[8] *ter*. La loi du 27 juillet 1884, n'ayant maintenu l'empêchement prohibitif de l'ancien art. 295 que dans le cas, très particulier, que nous indiquons au texte, il nous paraît clairement en résulter que le maintien de cet empêchement dans ce cas doit être considéré comme une exception apportée, sans doute à titre de concession aux partisans de la règle ancienne (Planiol, I[6], n° 1288), à la règle nouvelle que le divorce, en principe, ne fait pas obstacle à la célébration d'un nouveau mariage entre époux divorcés. Dès lors, nous n'hésitons pas à exiger, pour que l'empêchement prohibitif se produise dans les conditions de l'art. 295 nouveau, que le second divorce soit complètement acquis, par la transcription sur les registres de l'état civil, de telle sorte que le décès, avant cette transcription, du conjoint contre lequel ou à la demande duquel s'était poursuivie la procédure de divorce, mettant fin à cette procédure, le mariage devînt incontestablement possible entre le conjoint survivant et son ancien conjoint].

[9] Delvincourt, I, p. 67 et 75 de la première partie, Proudhon et M. Valette I, p. 407, [soutenaient] que cet empêchement [était] dirimant. Mais voy. dans le sens de notre opinion : Merlin, *Rép.* v° Empêchement de mariage, § 4, art. 9 ; Toullier, I, 651 : Duranton, II, 178 ; Vazeille, I, 103 ; Demolombe, III, 339 ; Zachariæ, § 468, texte et note 10.

[10] On [enseignait] assez généralement. [de 1816 à 1884], que cette

a fait disparaître l'empêchement prohibitif qui résultait de ce texte, aux termes duquel, lorsqu'un divorce avait été prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pouvait jamais épouser son complice. Cet empêchement n'était, du reste, pas susceptible] d'être étendu au cas de séparation de corps[11].

6° Les militaires de toute arme et de tout grade, appartenant, soit à l'armée de terre, soit à l'armée de mer, et les personnes qui leur sont assimilées, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs supérieurs[12].

7° L'enfant naturel non reconnu, ou l'enfant naturel reconnu dont les père et mère sont décédés, ne peut, avant l'âge de vingt-un ans, se marier sans le consentement d'un [conseil de famille composé d'amis][13].

8° Les enfants, soit légitimes, soit naturels, qui ont atteint l'âge passé lequel ils sont admis à se marier sans le consentement de leur ascendants, ne peuvent cependant [jusqu'à l'âge de trente ans révolus], contracter un

prohibition [subsistait] encore, malgré l'abolition du divorce. Cpr. Delvincourt, I, p. 132; Duranton, II, 177; Vazeille, *loc. cit.*; Marcadé, II, p. 45, n° 4; Demolombe, III, 125.

[11] Toullier, I, 155. Bedel, *Traité de l'adultère*, n° 47. Duranton, II, 179. Aux raisons données par ces auteurs, qui se fondent uniquement sur le principe que les dispositions prohibitives ne sont pas susceptibles d'être étendues d'un cas à un autre, on peut encore ajouter qu'il n'existe pas, sous le rapport dont il s'agit, d'analogie entre le divorce et la séparation de corps. La loi [n'avait] pas voulu que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère pût, en épousant immédiatement son complice, trouver dans le divorce même la récompense de ses déportements. Mais comme la séparation de corps ne dissout pas le mariage, et que l'époux séparé ne peut se remarier qu'après la mort de son conjoint, les motifs qui [servaient] de base à la disposition de l'art. 298 ne [s'appliquaient] pas à la séparation de corps comme au divorce. Voy. en ce sens : Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, III, 126. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 132. Cpr. aussi : Vazeille, I, 103; Zachariæ, § 468, note 9.

[12] Décrets du 16 juin, du 3 et du 23 août 1808. Avis du Conseil d'État des 22 novembre-21 décembre 1808. Décret du 23 mars 1852, art. 37 et 38. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 5; Vazeille, I, 133.

[13] L'absence de ce consentement n'engendre qu'un empêchement prohibitif. Cpr. § 462, texte et note 73.

mariage auquel [leurs père et mère] ne veulent pas consentir, sans leur avoir au préalable [notifié leur projet de mariage, art. 151 (loi du 21 juin 1907, art. 7). Cette formalité remplace l'ancienne formalité des actes respectueux, atténuée déjà par la loi du 20 juin 1896].

[*a. De la notification à faire par les enfants légitimes.* — La notification] doit être faite au père et à la mère[14], à moins que l'un des deux ne soit décédé, ou ne se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté[15], auquel cas il suffit de l'adresser à l'autre. Si le père et la mère n'existent plus, ou s'ils sont tous les deux incapables de manifester leur volonté[16], [aucune notification n'est néces-

[14] Duranton, II, 106. Zachariæ, § 468, texte et note 16. — Il ne suffirait même pas que la [notification] faite au père lui eût été adressée, tant pour lui que pour la mère, et qu'il eût répondu, tant en son propre nom qu'en celui de cette dernière. Merlin, *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 2. Marcadé, sur l'art. 151, n° 1. Demolombe, III, 62. Bruxelles, 5 mai 1808, Sir., 9. 2, 84 Caen, 12 décembre 1812, Sir., 13. 2. 157. Douai, 25 janvier 1815, Sir., 16, 2. 114.

[15] Cpr. à cet égard : § 462, texte, notes 27 à 31 ; et la note suivante. [Nous maintenons cette formule, bien que la loi du 29 juin 1907 ait remplacé l'acte respectueux, par lequel l'enfant demandait un conseil à ses père et mère, ce qui supposait que le père et la mère avaient, pour y répondre, à manifester leur volonté, par la notification du projet, auquel le père et la mère n'ont rien à répondre, puisqu'on ne leur demande pas leur avis. La raison en est que, si la notification est faite avant tout pour constater le refus du père et de la mère de consentir au mariage, et l'intention de l'enfant de le contracter quand même, le père et la mère peuvent néanmoins se raviser à ce moment, peut-être même, dirions-nous, sous la pression de cet acte, et consentir au mariage, ce qui permettrait aux futurs époux de procéder à la célébration avant l'expiration du délai de trente jours de l'art. 155. Cpr. texte *infrà*, lettre *a in fine*. Dans ces conditions, il s'agit bien pour eux, aujourd'hui comme avant la loi du 21 juin 1907, de manifester leur volonté, en conséquence de l'acte qui leur est adressé, et cet acte ne peut dès lors leur être utilement adressé, s'ils sont dans l'impossibilité, matérielle ou morale, de consentir.]

[16] C'est ce qui a eu lieu, par exemple, lorsque le père et la mère sont tous deux absents. Cpr. art. 155, et avis du Conseil d'État des 27 messidor-4 thermidor an XIII. — Il ne faut pas conclure de l'art. 155 que l'enfant soit, en cas d'absence de ses père et mère, dispensé de demander le conseil de ses autres ascendants. Pour bien comprendre cet article, on doit le combiner avec l'art. 151, aux

saire, ni] aux aïeuls et aïeules de l'une ou de l'autre ligne[17], [ni] à défaut d'aïeuls et d'aïeules, aux bisaïeuls et bisaïeules[18]. Art. 151. [Pour le cas particulier où c'est à raison de leur absence que les père et mère sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, la preuve de l'absence résulte, soit du jugement de déclaration d'absence, soit du jugement qui a ordonné l'enquête, soit, à leur défaut, d'un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où les père et mère ont eu leur dernier domicile connu. Cet acte doit contenir la déclaration de quatre témoins appelés d'office par le juge de paix. Art. 155. (Loi du 21 juin 1907, art. 10.)]

[La notification] ne peut être [faite] d'une manière utile, que lorsque les futurs époux ont, l'un et l'autre, accompli l'âge requis pour procéder immédiatement à la célébration du mariage[19].

La [notification] doit être [faite] au nom de l'enfant, par un notaire [instrumentant sans le concours d'un second notaire ni de témoins].

[Il n'est d'ailleurs] nécessaire [ni] que l'enfant soit

termes duquel les aïeuls et aïeules remplacent les pères et mères qui se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Duranton, II, 112. Valette, sur Proudhon, I, p. 379, note *a*. Demolombe, III, 63, Zachariæ, § 468, texte et note 17.

[17] [Il en était autrement sous le régime antérieur des actes respectueux] Duranton, II, 106. Demolombe, III, 62.

[18] [Même observation qu'à la note 17.] Cpr. § 462, note 34. Zachariæ, § 468, texte et note 18.

[19] Montpellier, 12 août 1869, Sir., 69, 2, 202.

[20] [Même observation qu'à la note 17.] Zachariæ, § 468, note 20, *in fine*. Ainsi, il faut que les témoins soient domiciliés dans l'arrondissement communal où la demande est faite. Demolombe, III, 76, Angers, 20 janvier 1809. Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 9. Rouen, 13 mai 1839, Dalloz, 1839, 2, 166.

[21] [Même observation qu'à la note 17.] Lyon, 23 décembre 1834, Sir., 34, 2, 267. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 77. Cet auteur se fonde principalement sur les dispositions de la loi du 21 juin 1843. Mais l'application qu'il en fait à la question nous paraît erronée. L'art. 154 exige, en effet, que l'acte respectueux soit notifié par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, ce qui suppose le concours personnel de tous ceux qui doivent coopérer à cette notification; et l'on étendrait indûment la portée

présent en personne[22], [ni] qu'il se fasse représenter par un fondé de pouvoir spécial[23]. [Le notaire, chargé de faire] en son nom la [notification], [n'a même pas] besoin d'administrer une preuve écrite des pouvoirs qu'il [a] reçus à cet effet[24].

La [notification] doit être faite en termes formels[25]. [Elle énoncera les noms, prénoms, profession et domicile de chacun des futurs époux, de leurs père et mère, ainsi que le lieu où sera célébré le mariage[25]*bis*. Elle contiendra aussi

de la loi précitée, en appliquant l'interprétation qu'elle a donnée de l'art. 9 de celle du 25 ventôse an XI à des actes qui, comme les protêts ou les [notifications qui remplacent les] actes respectueux, sont réglés par des dispositions toutes spéciales.

[22] Maleville, I, p. 174, Merlin, *Rép.*, v° Sommation respectueuse, n° 3, et *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 9. Toullier, I, 549. Duranton, II, 111. Vazeille, I, 138. Marcadé, sur l'art. 154. Demolombe, III, 71. Zachariæ, § 468, texte et note 21. Rouen, 6 mars 1806, Sir., 6, 2, 104. Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 7, 2, 768. Req. rej., 4 novembre 1807, Sir., 8, 1, 57. Douai, 22 avril 1819, Sir., 20, 2, 116. Toulouse, 21 juillet 1821, Sir., 22, 2, 99. Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Toulouse, 27 novembre 1861, Sir., 63, 2, 67. Cpr. Grenoble, 1er septembre 1863, Sir., 63, 2, 190. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 118; Caen, 1er prairial an XIII, Sir., 5, 2, 143; Angers, 20 janvier 1809; Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 9.

[23] C'est ce que décident implicitement les auteurs et les arrêts cités à la note précédente. Voy. aussi: Demolombe, III, 72; Zachariæ, § 468, note 20. La cour de Douai, qui, d'abord (8 janvier 1828, Sir., 28, 2, 183), avait jugé le contraire, a depuis (27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44) réformé sa jurisprudence.

[24] Merlin, *Quest.*, v° Actes respectueux, § 3, quest. 10. Liége, 26 décembre 1812, et Bruxelles, 29 mars 1820. Merlin, *op. v° et loc. citt.* Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Voy cep. Vazeille, I, 141; Demolombe, *loc. cit.*

[25] Il est même prudent d'employer les termes dont se sert l'art. 151. Toutefois ces termes ne sont pas sacramentels, et [la notification] serait valable si, au lieu de se servir du mot [*notification*] on avait employé celui de [*communication*.] [Cpr. sur les difficultés de ce genre qui s'étaient présentées en matière d'actes respectueux] Merlin, *op et v° citt.*, § 3, quest. 16. Demolombe, III, 78. Req. rej., 25 décembre 1807, Sir., 7, 2, 1048. Toulouse, 27 juin 1821, Sir., 22, 2, 98. Amiens, 8 avril 1825, Sir., 25, 2, 425.

[[25] *bis*. L'indication, dans la notification, du lieu où les futurs conjoints comptent qu'il sera procédé à la célébration du mariage,

déclaration que cette notification leur est faite en vue d'obtenir leur consentement, et qu'à défaut, il sera passé outre à la célébration du mariage à l'expiration du délai de trente jours francs. Art. 154 (Loi du 21 juin 1907, art. 9)]. [La notification doit être faite] à la personne même des [père et mère][27], à moins que ces derniers ne se trouvent pas à leur domicile, ou ne défendent l'entrée de leur appartement[28].

S'il ne se trouve personne au domicile des [père et mère] la notification peut être faite, et [l'acte] laissé à un voisin ou au maire de la commune[35].

[Cette notification est la seule qui soit exigée, tant que les futurs époux, garçons ou filles,] n'ont point encore accompli leur trentième année. Il ne peut être passé outre à la célébration du mariage, [que trente jours] après la notification.

Du reste, les enfants ont la liberté de se retirer où bon leur semble, pendant le temps nécessaire pour l'accomplissement de ces formalités ; et les tribunaux ne sont pas autorisés à leur assigner une autre demeure que celle qu'ils ont choisie[38].

n'a d'ailleurs pas pour effet d'attribuer compétence à l'officier de l'état civil de ce lieu, à l'exclusion de l'officier de l'état civil de l'une quelconque des autres communes dans lesquelles le mariage peut être célébré. La formalité de la notification et la détermination de la compétence sont choses distinctes. Douai, 28 déc. 1908. Dall., 1909, 2, 222.]

[27] Merlin, *op.*, *v° citt.*, § 3, quest. 4. Caen, 12 décembre 1812, Sir., 13, 2, 157. Toulouse, 21 juillet 1821, Sir., 22, 2, 99. Bruxelles, 3 avril 1823, Sir., 25, 2, 375.

[28] Merlin, *op.*, *v° et loc. citt.* Delvincourt, I, p. 118. Toullier, I, 549. Duranton, II, 110. Vazeille, I, 136. Marcadé, sur l'art. 154. Demolombe, III, 81. Bruxelles, 21 frimaire an XIII, Sir., 2, 2, 26. Douai, 22 avril 1819, Sir., 20, 2, 116. Toulouse, 26 juin et 21 juillet 1821, Sir., 22, 2, 98 et 99. Amiens, 8 avril 1825. Sir., 25, 2, 425. Req. rej., 11 juillet 1827, Sir., 27, 1, 473. Nîmes, 8 juillet 1830, Sir., 31, 2, 133. Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Riom, 28 janvier 1839, Sir., 39, 2, 100.

[35] Code de procéd., art. 68, Merlin, *Quest.*, v° Acte respectueux, § 3, quest. 12. Chardon, *Puissance paternelle*, n° 246. Montpellier, 17 août 1855, Sir., 55, 2, 722. Besançon, 19 février 1861, Sir., 61, 2, 382. Amiens, 8 juin 1869, Sir., 79, 2, 100.

[38] Merlin, *op. et v° citt.*, § 3, quest. 13, 14 et 15. Vazeille, I, 139.

Les formalités prescrites par [l'art.] 154, et celles que l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an xi mentionne comme nécessaires à la validité des actes notariés en général, [en tant qu'il n'a pas été dérogé à ce texte par l'art. 154 lui-même,] doivent être accomplies à peine de nullité de [la notification] dans [laquelle] elles auraient été omises[39].

En cas d'omission [de la notification], [les père et mère] peuvent, en s'opposant au mariage, demander qu'il soit sursis à la célébration, jusqu'après l'accomplissement régulier des formalités prescrites par la loi, et l'écoulement des délais qu'elle indique. Il jouissent de la même faculté dans le cas où les enfants soumis à l'obligation de [leur faire cette notification] voudraient contracter mariage

Demolombe, III, 73. Zachariæ, § 468, note 12 *in fine*. Civ. cass., 21 mars 1809, Sir., 9, 1, 199. Agen, 27 août 1829, Sir., 32, 2, 298. Douai, 27 mai 1835, Sir., 36, 2, 44. Paris, 26 avril 1836, Sir., 36, 2, 238. Civ. cass., 8 décembre 1856, Sir., 57, 1, 89. Amiens, 3 juin 1869, Sir., 70, 2, 100. Voy. en sens contraire : Montpellier, 31 décembre 1821, Sir., 22, 2, 247 ; Aix, 6 janvier 1824, Sir., 25, 2, 326 ; Paris, 26 novembre 1836, Sir., 37, 2, 22.

[39] [Sous le régime antérieur des actes respectueux.] les formalités prescrites par les art. 151 et 154, ayant pour objet de mettre les ascendants à même d'exercer pleinement et librement le droit de conseil qui leur compète, on [devait] les considérer comme indispensables au but que le législateur [avait] eu en vue, et par suite on [devait] regarder comme entachés de nullité virtuelle, les actes respectueux dans lesquels l'une ou l'autre de ces formalités [avait] été omise. Cpr. § 37, texte et note 9. C'est aussi en ce sens que la jurisprudence [s'était] prononcée. Dans les nombreux arrêts rendus sur cette matière, le litige a presque toujours porté uniquement sur la question de savoir si telle ou telle formalité était ou non prescrite par la loi, et l'on n'a pour ainsi dire jamais contesté que l'omission d'une formalité exigée par la loi, ne dût entraîner la nullité de l'acte respectueux dans lequel elle aurait été omise. Cpr. Merlin, *op. et v° citt.*, § 3 ; Zachariæ, § 468, texte et note 28. [Comme la notification de l'art. 155 nouveau est sortie, pour ainsi dire, de l'ancienne formalité des actes respectueux, qu'il était nécessaire, pour que celle-ci fût régulièrement faite, que le père et la mère pussent manifester leur volonté, cette exigence nous paraît avoir passé du régime ancien des actes respectueux au régime nouveau de la notification (Cpr. note 15 *suprà*), et il nous semble dès lors que les raisonnements que nous faisions pour appliquer aux actes respectueux notre système des nullités, conservent toute leur force à l'égard de la notification.]

avant le laps [de trente jours], à dater de la notification. Mais ils ne peuvent, dans le cas même où il y aurait eu omission absolue de [toute notification], demander, pour ce motif, la nullité d'un mariage déjà célébré[41]. La sanction de la loi consiste, en pareil cas, en une amende de trois cents francs au plus, prononcée contre l'officier de l'état civil qui a procédé au mariage, sans qu'il y ait eu notification [du projet de mariage, dans les conditions prescrites] par la loi. Art. 157 et 192 [(Loi du 21 juin 1907, art. 12 et 21)].

Si le consentement au mariage, d'abord refusé, est ensuite accordé, il peut être immédiatement passé outre à la célébration, quoique les formalités et les délais ci-dessus indiqués ne se trouvent pas encore accomplis ou écoulés. Art. 152 [ancien].

[*b. De la notification à faire par les enfants naturels.*] — Tout ce qui a été dit en parlant des enfants légitimes s'applique aussi aux enfants naturels reconnus. Art. 158 [Loi du 21 juin 1907, art. 13].

§ 464.

Examen de certains cas dans lesquels il y a controverse sur le point de savoir s'il existe ou non un empêchement de mariage.

1° *De l'interdiction judiciaire*[1].

Le Tribunat avait demandé que l'interdit pour cause de démence ou de fureur fût déclaré absolument inca-

[41] Cpr. art. 182. *Exposé de motifs*, par Bigot-Préameneu (Locré, *Lég.*, IV, p. 592 et 593, n° 8). Locré, II, p. 79. Delvincourt, I, p. 61 de la première partie, et p. 117 de la seconde, Duranton, II, 104 et 113, Favard, *Rép.*, v° Actes respectueux, n° 8. Demolombe, III, 91, 270 et 341. Zachariæ, § 467, texte, note 7 *bis* et 9. Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195. Voy. en sens contraire : Toulouse, 29 juillet 1828, Sir., 29, 2, 29.

[1] Cpr., quant à ce premier cas, sur lequel il existe une grande divergence entre les auteurs : Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 3, n° 1, et *Quest.*, v° mariage, § 12; Toullier, I, 502; Duranton, II, 27 à 34; Vazeille, I, 88 à 90; Proudhon et Valette, I,

pable de contracter mariage, même pendant un intervalle lucide. Mais cette demande ne fut pas accueillie; et l'article proposé par le Tribunat n'a pas passé dans le Code[2]. Il faut en conclure que l'interdiction ne forme pas par elle-même un empêchement dirimant de mariage[3].

Il est bien entendu que, si le mariage n'avait pas été contracté dans un intervalle lucide, il serait à considérer comme non avenu, et que toute personne intéressée serait toujours recevable à le faire déclarer tel. Les époux ou les autres personnes qui résisteraient à une pareille demande, en alléguant que le mariage a été célébré dans un intervalle lucide, auraient à rapporter la preuve de cette allégation[4].

Du reste, l'état de démence de l'un des futurs époux constitue un empêchement prohibitif, en ce sens que l'opposition formée pour ce motif à la célébration du mariage, par l'une ou l'autre des personnes désignées aux art. 173 à 175, doit, en général[5], être maintenue, si l'interdiction du futur époux a déjà été prononcée, ou si elle vient à l'être sur la demande introduite à cet effet par l'opposant[6].

p. 375 et 437, note *a*, II, p. 531; Marcadé, II, *Observations préliminaires sur le chap. IV du titre du mariage*, n° 2; Pont, *Revue de législation*, 1845, III, p. 239; Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 289 à 294.

[2] Cpr. Locré., *Lég.*. IV, p. 451, n° 2.

[3] Delisle, *De l'interprétation des lois*, II, p. 535. Demolombe, III, 127. Troplong, *Du contrat de mariage*, I, 289 et 292. Demante, *Cours*. I, 222 *bis*, I. Valette, *Explication sommaire*, p. 363, n° 20. Glasson, n° 99. Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 246. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 114; Duranton, II, 27 et 28; Proudhon, I, p. 374 et 375; Vazeille, I, 88 et suiv.; Allemand, I, 8; Pezzani, n° 150; Pont, *Revue de législation*, 1845, III, p. 239 et suiv.

[4] Voy. à cet égard : § 451 *bis*, texte, notes 3, 4 et 10.

[5] Voy. cep. § 454, texte et note 17.

[6] La théorie, telle que nous l'exposons au texte, se fonde sur les considérations suivantes : 1° Il est aujourd'hui généralement reconnu qu'on ne peut, en fait de mariage, admettre d'autres nullités que celles qui sont littéralement établies par la loi. Or, il n'existe, au titre *Du mariage*, aucun texte qui frappe de nullité le mariage contracté par l'interdit, à raison de son état d'interdiction seul; et les art. 502 à 504 sont évidemment inapplicables à la matière qui nous occupe. Cpr. Req. rej., 12 novembre 1844, Sir., 45, 1, 246. 2° L'interdit, qui a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au

2° *De l'interdiction légale. — De l'état de contumace.*

a. Les personnes frappées d'interdiction légale par suite de condamnations pénales sont-elles, pendant la durée de leur peine, incapables de contracter mariage?

Cette question doit, à notre avis, se résoudre par une distinction : l'interdiction légale engendre bien un empêchement prohibitif de mariage, mais il n'en résulte pas d'empêchement dirimant. L'officier de l'état civil pourrait et devrait donc, même en l'absence de toute opposition, refuser de procéder à la célébration du mariage d'un individu placé sous le coup d'une interdiction légale. En effet, d'après la lettre et l'esprit de la loi, l'incapacité dont un tel individu se trouve frappé, s'étend aussi bien au mariage qu'aux autres actes de la vie civile. Code pénal, art. 29. Mais si, par une erreur innocente ou par une connivence coupable, l'officier de l'état civil avait

mariage, n'a pas besoin, pour se marier, du consentement de ses ascendants ou du conseil de famille, et son mariage ne pourrait être annulé à cause de l'absence de ce consentement. En vain invoquerait-on en sens contraire l'article 509, et voudrait-on, en vertu de l'assimilation qu'il établit entre le mineur et l'interdit, appliquer à ce dernier les dispositions des art. 148 à 150 et 158 à 160. Du moment, en effet, que l'on écarte l'application à la matière du mariage des art. 502 à 504, il ne paraît plus possible d'y étendre la disposition de l'art. 509. Il serait sans doute désirable que cette extension, qui garantirait pleinement tous les intérêts, se trouvât législativement consacrée; mais on ne saurait l'admettre dans l'etat actuel de la législation. 3° En définitive, les seules dispositions qui aient trait au mariage que l'interdit se proposerait de contracter, ou que de fait il aurait contracté, sont les art. 146 et 174, et ces deux articles forment la base de notre théorie qui se résume à dire que l'interdiction judiciaire n'a pas d'influence légale sur le sort du mariage contracté par l'interdit, et qu'elle forme seulement un empêchement prohibitif, sauf toutefois la déclaration de non-existence du mariage, pour le cas où il n'aurait pas été célébré dans un intervalle lucide. Cette théorie concorde dans ses résultats pratiques avec la jurisprudence de la Cour de Cassation, à cette différence près que la Cour suprême refuse de reconnaître la non-existence du mariage contracté par l'interdit en état de démence, et dénie par suite aux tiers intéressés le droit d'attaquer un pareil mariage. Cpr. Demolombe, III, 127 à 129, 146 à 148. Voy. cep. Glasson, n° 96.

prêté son ministère à la célébration du mariage d'une personne en état d'interdiction légale, ce mariage serait inattaquable, parce que la loi n'en prononce pas la nullité, et qu'elle ne donne à qui que ce soit le droit de l'attaquer[7].

Il est cependant à remarquer que les individus qui ont été condamnés à la déportation simple, en vertu de la loi des 5-22 avril et 8 juin 1850, sont, quoique frappés d'interdiction légale, admis, de plein droit, à l'exercice des droits civils dans le lieu de déportation, et dès lors il n'existe pas même, en ce qui les concerne, d'empêchement prohibitif au mariage qu'ils voudraient contracter dans ce lieu.

D'un autre côté, les condamnés aux travaux forcés à temps, qui subissent leur peine aux colonies, peuvent obtenir du gouvernement l'autorisation d'y contracter mariage. Décret du 27 mars 1852, art. 4. Loi du 30 mai 1854, art. 12. Voyez aussi : Décret du 24 mars 1866.

b. La condamnation par contumace à une peine emportant mort civile entraînait autrefois, en vertu de l'art. 28 du Code Napoléon, privation de l'exercice des droits civils, et, par conséquent, de la faculté de se marier. Toutefois, l'empêchement résultant de cette incapacité n'était que prohibitif[8]. Depuis l'abolition de la mort civile il ne peut plus être question de cet empêchement, puisque

[7] Cpr. § 458, notes 2 et 3. Vazeille, I, 87. Valette, sur Prudhon, II, p. 555. Hanin, *Des conséquences des condamnations pénales*, n° 380. Demolombe, I, 192, Demante, *Cours*, I, 72 *bis*, I. Voy. en sens contraire : Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales*, n° 322. Boitard, *Leçons de Code pénal*; sur l'art. 29; Duranton, II, 36 et 37; Ce dernier auteur accorde à la personne qui a épousé un individu frappé d'interdiction légale, le droit de demander la nullité du mariage qu'elle a contracté dans l'ignorance du véritable état de son conjoint. Cette opinion doit être rejetée, parce qu'elle repose sur une distinction que rien ne justifie, et que l'erreur sur les qualités de la personne ne suffit pas pour fonder une demande en nullité de mariage. Cpr. § 462, texte, notes 6, 10 et 11.

[8] Demolombe, I, 127, *in fine*, III, 121 et 136. Hanin, *op. cit.*, n°s 303 et 317. Cpr. § 84, texte n° 2 et note 28. Voy. cep. Valette, sur Proudhon, I, p. 147. Suivant cet auteur, qui toutefois ne propose son opinion qu'avec une extrême défiance, l'état de contumace n'aurait pas même produit d'empêchement prohibitif.

la condamnation par contumace à une peine même perpétuelle n'emporte aujourd'hui que suspension des droits civiques et reste sans influence sur l'exercice des droits civils[9].

3° De l'engagement dans les ordres sacrés [[9] bis].

L'empêchement dirimant qu'engendrait autrefois l'engagement dans les ordres sacrés[10], ayant été levé par les lois postérieures à 1789[11], et n'ayant été rétabli comme tel, ni par le Concordat du 23 fructidor an IX et la loi du 18 germinal an X[12], ni par le Code Napoléon[13], il en

[9] Cpr. § 84, texte n° 1, et note 5; § 85, texte n° 2, et note 12.

[[9] *bis*. Bien que la question du mariage des prêtres n'ait plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, depuis la loi du 9 décembre 1905, portant séparation de l'Eglise et de l'Etat, j'ai préféré maintenir à cette place les développements que MM. Aubry et Rau lui avaient consacrés dans leur quatrième édition. Il y a là, en effet, condensés en termes précis, les éléments d'une discussion qui conserve, à tout le moins, un intérêt éventuel de législation. E. B.]

[10] Cpr. Concile de Trente, 24e session, *De sacramento matrimonii*, cau. 9. Sans examiner ici la question de savoir si les actes de ce concile touchant la discipline ont été généralement reçus en France, toujours est-il que, d'après une jurisprudence invariable, les anciens parlements ont constamment regardé l'engagement dans les ordres sacrés comme un empêchement dirimant de mariage. Van Espen, I, p. 581. D'Héricourt, *Lois ecclésiastiques*, au titre *Des empêchements dirimants de mariage*. Despeisses, *Des contrats*, part. I, titre XIII, sect. I, n° 6. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 117. Desessarts et Merlin, *Rép.*, v° Célibat, n°s 2 et 3, première époque, *Quest.*, v° Mariage, § 5, n° 1, *in fine*, à la note. Toullier, I, 559. Vazeille, I, 94. Civ. cass., 12 prairial an XI, Sir., 3, 1, 321. Civ. rej., 3 floréal an XIII, Sir., 5, 1, 173.

[11] Cpr. Constitution des 3-14 septembre 1791. Décret du 17 décembre 1792, des 19 juillet, 29 juillet, 12 août et 17 septembre 1793; Merlin, *Rép.*, v° Célibat, n° 3, deuxième époque; civ. rej., 3 floréal an XIII, Sir., 5, 1, 483. Civ. rej., 22 janvier 1812, Sir., 12, 1, 161.

[12] En exposant au Corps législatif les motifs de cette loi, rapportés dans le recueil de Sirey (II, 2, 37, et suiv.), Portalis disait : « D'autre « part, pour les ministres mêmes que nous conservons, et à qui le « célibat est ordonné par les règlements ecclésiastiques, la défense « qui leur est faite du mariage par ces règlements n'est pas con- « sacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre civil. »

[13] On lit encore dans l'*Exposé de motifs* du titre *Du mariage*, pré-

[résultait, sous le régime du Concordat, et avant la loi du 9 décembre 1905,] que les mariages des prêtres catholiques [étaient] valables aux yeux de la loi civile[14].

La seule question qui [pouvait] donner lieu à une sérieuse discussion [était] celle de savoir si l'engagement dans les ordres sacrés [constituait] ou non, dans l'état de [cette] législation, un empêchement prohibitif[15].

On [avait] cité pour l'affirmative, trois lettres écrites, le 14 janvier 1806, le 30 janvier et le 9 février 1807, par Portalis, ministre des cultes[16], en vertu d'une décision orale

senté par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 497, n° 27) : « C'est d'après ce « principe que l'engagement dans les ordres sacrés, le vœu monas- « tique, et la disparité de culte qui, dans l'ancienne juridiction, « étaient des empêchements dirimants, ne le sont plus. »

[14] La loi civile n'ouvre en effet aucune action en nullité, à raison de la violation de la défense établie par la loi religieuse, et ne donne à qui que ce soit le droit d'attaquer les mariages contractés au mépris de cette défense. Cpr. § 458, notes 2 et 3. Merlin, *Rép.*, v° Célibat, § troisième et quatrième époques, et *Quest.* v° Mariage, § 5, n°s 4 et 5. Toullier, I, 559 et 560. Vazeille, I, 94 et 95. Favard, Rép., III, p. 458 et 459. Civ. cass., 9 janvier 1821, Sir., 21, 1, 826. [Cass., 25 janvier 1888, Sir., 1888, I. 193. Paris, 23 mars 1888, Sir., 88, 2, 131.] Voy. aussi les autorités citées à la note suivante. Voy. cep. en sens contraire : Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 272 et suiv. [Cass., 26 février 1878, Sir., 1878, 1, 241.]

[15] Voy. pour l'affirmative : Favard, *Rép.*, III, p. 459 et 460; Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, n° 175; Pezzani, *Des empêchements de mariage*, n° 206; Marcadé, II, p. 51; Bordeaux, 20 juillet 1807, Sir., 9, 2, 389; Turin, 30 mai 1811, Sir., 12, 2, 241; Paris, 27 décembre 1828, Sir., 29, 2, 33; Paris, 14 janvier 1832, Sir., 32, 2, 65; Req. rej., 21 février 1833, Sir., 33, 1, 168; Limoges, 17 janvier 1846, Sir., 46, 2, 97; Req. rej., 23 février 1847, Sir., 47, 1, 177; Alger, 11 décembre 1851, Sir., 51, 2, 760. Voy. pour la négative : Merlin, *Quest.*, v° Mariage, § 5, n° 6; *Dissertation* de M. Parent-Réal, Sir., 12, 2, 243; *Observations critiques* de Sirey. Sir., 9, 2, 391; 29, 2, 35; 33, 1, 178; Valette, sur Proudhon, I, p. 415; Serrigny, *Droit public français*, I, p. 577; Demolombe, III, 131; Devilleneuve, *Observations*, Sir., 46 et 47, *locc. citt.*; Sainte-Menehould, 18 août 1827; Nancy, 23 avril 1828; Cambrai, 7 mai 1828, Sir., 29, 2, 36 à 38; Issoudun, 27 décembre 1831, Sir., 32, 2, 389. Cpr. aussi : Civ. cass., 16 octobre 1809, Sir., 10, 1, 60.

[16] Les deux premières sont rapportées par Locré (*Lég.*, IV, p. 610 à 612) et par Favard (*Rép.*, III, p. 459 et 460). La troisième se trouve dans ce dernier ouvrage, *loc. cit.*

de l'empereur. Mais ces lettres ministérielles, quelque explicites qu'elles soient sur la question, [n'étaient] pas obligatoires pour les tribunaux, et [ne pouvaient suffire] dès lors [à] résoudre la difficulté[17]. On [s'était] aussi prévalu de l'art. 6 de la charte de 1814, qui déclarait la religion catholique, apostolique et romaine, religion de l'État. Mais l'argument que l'on prétendait tirer de cette disposition, qui [avait] été supprimée dans la charte de 1830, et qui ne se [retrouvait] pas davantage dans la Constitution du 4 novembre 1848, ni dans celle du 14 janvier 1852, [n'avait] plus la même valeur [qu'en 1814]. Enfin on [avait] invoqué l'art. 6 de la loi du 18 germinal an x, qui [rangeait] au nombre des cas d'appel comme d'abus, l'infraction des règles consacrées par les canons reçus en France, et l'art. 26 de la même loi, qui [imposait] aux évêques l'obligation de n'ordonner que des ecclésiastiques réunissant les qualités requises par les canons. Mais l'argument qu'on [voulait] tirer de ces articles [prouvait] trop, et [conduisait] à des conséquences évidemment erronées : si l'on [admettait] que la loi du 18 germinal an x [avait] rendu civilement obligatoires les canons qui prohibent le mariage des prêtres, on [était] forcé d'admettre également que l'engagement dans les ordres sacrés [constituait] un empêchement dirimant de mariage, quoique l'orateur du gouvernement [eût] formellement dit le contraire, en exposant, au Corps législatif, les motifs de la loi du 18 germinal an x.

Des raisons plus décisives, et d'un ordre plus élevé, [pouvaient], à notre avis, être invoquées en faveur de la solution affirmative de la question ci-dessus posée[18]. L'exercice public du culte catholique ayant été rétabli en France par le concordat du 23 fructidor an IX et la loi du 18 germinal an x, l'Église [avait], par cela même, acquis le droit de procéder aux actes extérieurs qui, d'après son dogme et sa discipline, sont indispensables à l'exercice

[17] Cpr. § 5, texte et note 21.

[18] Cpr. Fœlix, *Revue étrangère et française*, 1838, V, p. 92, à la note; Demante. *Cours*, I, 225 *bis*, II.

public de ce culte et notamment à l'ordination des prêtres[19]. [C'était] un devoir pour tous les citoyens en général, pour les fonctionnaires et les magistrats en particulier, de respecter ces actes[20]. Or, comme en consacrant un prêtre l'Église lui imprime un caractère qui, d'après les canons, le rend à jamais incapable de contracter mariage, la société doit l'accepter avec ce caractère, et ne pas lui permettre d'enfreindre les engagements qu'il entraîne[21]. Les officiers de l'état civil et les tribunaux ne [pouvaient] donc prêter la main au mariage d'un prêtre, sans méconnaître les conséquences d'un acte extérieur auquel, d'après la législation existante, l'Église catholique a le droit de procéder, et sans violer ainsi les dispositions qui garantissent l'exercice de son culte. C'est en vain que, pour réfuter ces raisons, on [invoquait] le silence du Code Napoléon, qui, par cela même qu'il est muet sur ce point, [avait] laissé les choses dans l'état où les avaient placées le Concordat et la loi du 18 germinal an x. Nous [considérions] donc [sous le régime du Concordat], l'engagement dans les ordres sacrés comme constituant un empêchement prohibitif.

Notre manière de voir [avait] été confirmée, à deux reprises, par des actes émanés du pouvoir législatif. Une pétition ayant été adressée en 1848, à l'Assemblée constituante, pour demander une loi qui autorisât le mariage des prêtres catholiques, le comité des cultes, auquel cette pétition fut renvoyée, conclut à l'ordre du jour, par des

[19] Après avoir déterminé les qualités que doit avoir l'ordinand, l'art. 16 de la loi du 18 germinal an x ajoute que les évêques ne feront aucune ordination, avant que le nombre de personnes à ordonner ait été soumis au gouvernement et par lui agréé. L'ordination est donc un acte qui a lieu sous l'autorisation spéciale du gouvernement.

[20] L'art. 7 de la loi du 26 germinal an x ouvre même un recours au conseil d'État pour toute atteinte portée à l'exercice public du culte.

[21] Ce caractère est reconnu par l'État, qui y a même attaché diverses prérogatives dans l'ordre civil. Ainsi, les ecclésiastiques sont, en certains cas, exemptés de la tutelle. Avis du Conseil d'État des 4-20 novembre 1806. Ainsi, ils sont affranchis du service militaire et de celui de la garde nationale. Loi du 21 mars 1832, art. 14. Loi du 22 mars 1831, art. 12. Loi du 13 juin 1851, art. 8.

considérations tirées du Concordat, des articles organiques, de la morale publique et de l'intérêt de la société.

L'assemblée législative fut saisie à son tour de la question en 1850, par une proposition ainsi conçue du représentant Raspail : « Il est interdit à tout maire, ou « autre fonctionnaire public, de s'opposer désormais à la « célébration du mariage d'un citoyen en état de satisfaire « à toutes les conditions énoncées au tit. V, liv. Ier du « Code civil, à quelque profession religieuse que ce « citoyen appartienne, et quelque vœu de chasteté qu'il « ait précédemment fait. » Et voici les conclusions du rapport présenté par M. Moulin, au nom de la commission à laquelle cette proposition avait été soumise : «Il a paru « à votre commission que l'Assemblée n'avait pas à s'occu- « per sérieusement de la triste et malheureuse question « soulevée, après tant de décisions contraires, par la propo- « sition de M. Raspail. Nous vous demandons à l'unanimité « de ne pas la prendre en considération. » Sur ces conclusions, la proposition fut écartée par la question préalable, à la majorité de 457 voix contre 154 [22].

4° *Des vœux monastiques* [[22] *bis*].

La loi des 13-19 février 1790, qui supprima en France les ordres religieux dans lesquels on s'engage par des vœux solennels, déclare que l'État ne reconnaîtra plus à l'avenir de pareils vœux. Cette loi ne fut rapportée ni par le Concordat, ni par la loi du 18 germinal an X. Un décret du 3 messidor an XII en ordonna même l'exécution, en ce qui concerne les ordres religieux dans lesquels on se lie par des vœux perpétuels. Mais il a été modifié par un décret postérieur, en date du 18 février 1807, contenant organisation des congrégations hospitalières de femmes. Les art. 7 et 8 de ce décret admettent en effet les élèves et novices de ces congrégations à contracter, à l'âge de

[22] *Moniteur* du mercredi 8 janvier 1851, p. 61 et 65, et du vendredi 24 janvier 1851, p. 247.

[[22] *bis*. Même observation qu'au n° précédent.]

seize ans, des vœux annuels, et à s'engager, lors de leur majorité, par des vœux de cinq ans, dont l'acte doit être reçu par l'officier de l'état civil.

Dans cet état de la législation[23], il est bien évident qu'en thèse générale, l'empêchement dirimant qui résultait autrefois des vœux monastiques ne forme même plus aujourd'hui un empêchement prohibitif[24]. Mais cette solution doit être modifiée, à notre avis, en ce qui concerne les religieuses hospitalières[25]. Les vœux qu'elles contractent devant l'officier de l'état civil engendrent un empêchement prohibitif, jusqu'à l'expiration du temps pour lequel elles se sont légalement engagées.

5° *De la parenté existant entre un grand-oncle et sa petite-nièce.*

La question de savoir si le mariage est permis entre le grand-oncle et la petite-nièce a été résolue affirmativement par un avis du Conseil d'État, du 23 avril 1808, fondé sur ce que le Code Napoléon ne contient aucune disposition qui prohibe un pareil mariage[26]. Mais cet avis ne fut pas approuvé par l'empereur, qui fit insérer au *Bulletin des lois*, sous la date du 7 mai 1808, la décision suivante : « Le mariage entre un grand-oncle et sa petite-« nièce ne peut avoir lieu qu'en conséquence de dispenses « accordées conformément à ce qui est prescrit par « l'art. 164 du Code[27]. »

[23] La loi du 24 mai 1825, relative à l'autorisation et à l'existence légale de congrégations et communautés religieuses des femmes, ne s'occupe en aucune manière de la question des vœux.

[24] Merlin. *Rép.*, v° Célibat, n° 3. Vazeille, I, 96. Valette. sur Proudhon, I, p. 418.

[25] Si les auteurs cités dans la note précédente ne font pas cette restriction, c'est que le décret du 18 février 1809 leur a sans doute échappé; du moins aucun d'eux ne le cite. Voy. dans le sens de notre opinion : Demolombe, III, 132.

[26] Cet avis. qui n'a point été inséré au *Bulletin des lois*, est rapporté par Locré (*Lég.*, IV. p. 620).

[27] IV, B. 191. n° 3308. Ce n'est donc pas, ainsi que l'ont écrit Proudhon (I, p. 481 et 482); Toullier (I. 538, note 1) et Duranton (II, 168), un avis du Conseil d'État approuvé par l'empereur, mais une déci-

Partant de là, la plupart des auteurs étendent au mariage d'un grand-oncle avec sa petite-nièce les dispositions des art. 163 et 184 du Code [28]. Nous ne saurions partager cette manière de voir. Nous ne reconnaissons, en premier lieu, aucune autorité législative à la décision ci-dessus rapportée, puisqu'elle n'a pas été rendue dans la forme ordinaire des décrets, et qu'elle n'est même revêtue, ni de la signature de l'empereur, ni de celle d'un ministre [29]. Nous pensons, en second lieu, que si, contre notre avis, cette décision devait être regardée comme obligatoire pour les tribunaux, il n'en pourrait jamais résulter qu'un empêchement simplement prohibitif, et non un empêchement dirimant. Car elle ne prononce pas la nullité du mariage contracté au mépris de la prohibition qu'elle établit, et ne donne à qui que ce soit le droit de l'attaquer [30].

Suivant un autre système, les expressions *oncle* et *tante* seraient prises dans l'art. 163 d'une manière générique, et comprendraient ainsi le grand-oncle et la grand'tante [31]. Mais la rédaction, évidemment limitative, de cet article nous paraît contraire à cette explication, qui repousse également l'ensemble de la discussion au Conseil d'État [32]. Si la prohibition portée par l'art. 163 peut être considérée comme un vestige du *respectus parentelæ*, ce n'est pas là une raison suffisante pour admettre que les rédacteurs du Code aient entendu consacrer toutes les conséquences de

sion impériale rendue contre l'avis du Conseil d'État qui a prohibé le mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce.

[28] Outre les commentateurs cités à la note précédente, voy. encore: Delvincourt, I, p. 67 et 75 de la première partie; Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n° 2, *in fine*; Taulier, I, p. 281; Rieff, *Des actes de l'état civil*, p. 501 à 503; Zachariæ, 466, note 5. — M. Dalloz (*Jur. gén.*, v° Mariage, p. 49, n° 27) est, à notre connaissance, le seul auteur qui ait émis une autre opinion.

[29] Constitution du 22 frimaire an VII, art. 55. Règlement du 5 nivôse an VIII, art. 11. Cpr. § 5, texte et note 2.

[30] Cpr. § 458, texte, notes 2 et 3.

[31] Voy. en ce sens: Zachariæ, § 466, texte et note 5; Marcadé, sur l'art. 163, n° 3; Demolombe, III, 105.

[32] Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 331 et suiv., n° 3. Voy. aussi: Loi du 25 ventôse an XI, art. 8; Loi du 13 décembre 1848, art. 10.

cette institution, ni surtout pour étendre, *ex mente legis*, une disposition qui, comme prononçant une incapacité sanctionnée par la peine de nullité, résiste de sa nature à toute interprétation extensive.

6° *De l'impuissance*[33].

L'impuissance engendrait, dans l'ancien Droit, un empêchement dirimant de mariage[34]. En est-il de même aujourd'hui? Les avis sont partagés sur cette question, qui doit, à notre avis, être résolue négativement.

Le Code Napoléon, en effet, ne mentionne pas l'impuissance parmi les causes qui autorisent à demander l'annulation du mariage; et l'on ne trouve, dans la discussion au Conseil d'État du titre *Du mariage*, aucun indice de nature à faire supposer que l'intention des rédacteurs du Code ait été de consacrer à cet égard les dispositions de l'ancien Droit. Une intention tout opposée résulte, au contraire, de la discussion des titres *Du divorce*, *De la paternité et de la filiation*. Dans la séance du 26 vendémiaire an x[35], le premier Consul, en s'occupant de l'impuissance comme d'une cause qui pourrait autoriser le divorce, c'est-à-dire la dissolution d'un mariage existant et valable, donna par là même clairement à entendre que cette circonstance ne formait pas obstacle à la validité du mariage[36]. Dans la séance du 14 brumaire an x[37], Portalis et Tronchet énoncèrent, sans aucune contradiction, que

[33] Voy. ce que nous avons dit à cet égard au § 451, texte et note 4, en traitant des conditions essentielles à l'existence du mariage.

[34] Merlin, *Rép.*, v° Impuissance, n° 1. — L'arrêt de règlement rendu, le 18 février 1677, par le parlement de Paris, n'abolit que le congrès, et ne proscrivit pas les demandes en nullité de mariage pour cause d'impuissance. Cpr. Pothier, *Du contrat de mariage*, 458; Merlin, *Rép.*, v° Congrès, n° 3.

[35] Locré, *Lég.*, V, p. 85, n° 9.

[36] En définitive, l'impuissance n'a pas même été admise comme cause de divorce. Cpr. art. 229 à 233; *Discours* de Duveyrier (Locré, *Lég.*, VI, p. 291, n° 14).

[37] Locré, *Lég.*, VI, p. 35 et suiv.

l'impossibilité, ou du moins la grande difficulté de prouver l'impuissance, et le scandale de cette preuve, n'avaient pas permis d'admettre l'impuissance comme une cause de nullité de mariage [38]. Ainsi, le silence de la loi et les explications données à l'appui de ce silence s'opposent également à ce qu'on regarde l'impuissance comme constituant par elle-même une cause de nullité de mariage [39].

Parmi les partisans de cette manière de voir, il en est cependant qui prétendent que si l'un des époux était manifestement impuissant, l'autre époux pourrait, le cas échéant, demander pour cause d'erreur, et en vertu de l'art. 180, l'annulation du mariage [40]. En envisageant la question sous ce nouveau point de vue, nous n'en persis-

[38] Merlin (*Rép.*, v° Impuissance, n° 2) fait remarquer, avec raison, que l'impuissance accidentelle, celle, par exemple, qui résulte d'une amputation, est très facile à prouver, qu'il en est de même de l'impuissance naturelle, lorsqu'elle résulte d'un vice apparent de conformation. Il en conclut que l'impuissance peut, lorsqu'elle est manifeste, servir de fondement à une demande en nullité de mariage. Cette conclusion n'est point exacte. Pour interpréter sainement la loi, il faut se mettre au point de vue où le législateur s'est lui-même placé; et fût-il tombé dans une erreur évidente, on n'en doit pas moins admettre fictivement comme vraies les raisons sur lesquelles il s'est fondé.

[39] Voy. en ce sens: Favard, *Rép.*, III, p. 457, n° 7, Vazeille, I, 90, Magnin, *Des minorités*, I, p. 96, à la note, Marcadé, II, p. 55, n° 7, Demolombe, III, 12; Glasson, n° 133, Gênes, 7 mars 1811, Sir., 11, 2, 193, Riom, 30 juin 1828, Sir., 28, 2, 226; Besançon, 28 août 1840, Sir., 40, 2, 444. Toulouse, 10 mars 1858, Sir., 58, 2, 660; Chambéry, 28 janvier 1867, Sir., 67, 2, 81, Nîmes, 29 novembre 1869, Sir., 70, 2, 78, Voy. en sens contraire: Delvincourt, I, p. 206 et 207; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 319, note 1; Richefort, I, 16; Demante, *Cours*, I, 325 *bis*, IV; Trèves, 27 janvier et 1er juillet 1808, Sir., 8, 2, 214 et 11, 2, 401.

[40] Voy. en ce sens: Merlin, *Rép.*, v° Impuissance, n° 2; Toullier, I, 526, Duranton, II, 67 à 71; Vazeille, I, 93; Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, III, 254. Il existe cependant entre ces auteurs quelques dissidences. D'après Toullier et Duranton, l'impuissance accidentelle, celle dont s'occupe l'art. 312, pourrait seule donner lieu à une demande en nullité de mariage. Suivant Merlin, Vazeille, Marcadé et M. Demolombe, il n'y aurait pas de distinction à faire à cet égard, entre l'impuissance accidentelle et l'impuissance naturelle, pourvu que celle-ci fût manifeste et résultât d'un vice apparent de conformation. En rejetant une distinction qui n'est pas fondée sur la

tons pas moins dans la solution que nous avons donnée [41]. L'erreur dans laquelle serait, en pareil cas, tombé l'un des époux ne porterait en effet que sur les qualités physiques de l'autre, et nous avons vu [42] qu'une pareille erreur ne peut jamais fonder une demande en nullité de mariage [43].

7° De la différence de couleur.

Suivant différents actes législatifs [44], le mariage était autrefois défendu entre les blancs et les personnes de sang mêlé. Cette défense, dont l'effet s'étendait non seulement aux colonies, mais à la métropole elle-même, ne constituait qu'un empêchement prohibitif [45].

Elle fut implicitement abrogée, pour le territoire continental de la France, par les lois des 28 septembre-16 octobre 1791 et 20 ventôse an XII. Cependant, par une circulaire du 18 nivôse an XI [46], le ministre de la justice invita

nature des choses, ces derniers auteurs sont conséquents sans doute, mais ils se privent de l'argument que les premiers tirent de l'art. 312. C'est à tort, du reste, que Marcadé présente, comme conformes à son opinion, les deux arrêts de Trêves, cités à la note 30 *suprà*. Ces arrêts, qui décident, contrairement à notre manière de voir et à celle de Marcadé, que l'impuissance forme par elle-même un empêchement dirimant de mariage, n'ont pas examiné la question au point de vue de l'art. 180.

[41] Voy. dans ce sens: Favard, *op. et loc. citt.*; Taulier, I, p. 251 à 253; Glasson, n° 533; ainsi que les arrêts de Gênes et de Riom cités à la note 30 *suprà*.

[42] Cpr. § 462, texte, notes 6 et 9.

[43] Mais, dit Merlin (*loc. cit.*), si les personnes dont l'union a été prononcée par l'officier de l'état civil sont de même sexe, il faudra bien, ou annuler ce mariage pour cause d'erreur, ou pousser le paradoxe jusqu'à soutenir qu'il est valable. Pour réfuter ce dilemme il suffit de faire remarquer que l'union célébrée entre deux personnes du même sexe ne constitue pas un mariage, et qu'il ne peut être question de faire prononcer la nullité d'un mariage qui n'a jamais existé. Cpr. § 451, texte n° 2, notes 3 et 5.

[44] Voyez entre autres : Edit de mars 1724, connu sous le nom de *Code noir* : Arrêt du Conseil, du 5 avril 1778.

[45] Demolombe, III, 133. Req. rej., 27 juin 1838, Sir., 38, 1, 497. Req. rej., 10 décembre 1838, Sir., 39, 1, 492.

[46] Elle est rapportée par Locré (*Lég.*, IV, p. 615), qui paraît la

les préfets à faire connaître aux officiers de l'état civil que l'intention du gouvernement était qu'il ne fût reçu aucun mariage entre des blancs et des négresses. Mais une circulaire ministérielle n'est pas obligatoire pour les tribunaux [47]. Celle dont nous nous occupons a d'ailleurs été révoquée. C'est du moins ce qui a été déclaré en 1819, au sein de la Chambre des députés, à l'occasion d'une pétition qui avait pour objet de faire rapporter cette circulaire [48].

D'un autre côté, la prohibition dont s'agit paraît avoir été levée, même pour les colonies, par l'ordonnance du 24 février 1731 et par la loi du 24 avril 1833 [49].

2. *Des formalités qui doivent précéder et accompagner la célébration du mariage.*

§ 465.

a. *Des publications.*

Le mariage doit être précédé [d'une] publication officielle destinée à faire connaître la résolution prise par les futurs époux de contracter mariage. Art. 63. [Loi du 21 juin 1907, art. 1.]

Les officiers de l'état civil sont chargés de faire les publications qui doivent avoir lieu dans les communes où chacun des futurs époux a son domicile (général) [ou sa résidence].

Si l'établissement de ce domicile n'a pas encore été suivi d'une résidence continue de six mois [au moins] dans la commune où il a été fixé, ou si [la résidence des futurs époux dans une] commune distincte de celle où ils ont

considérer comme obligatoire. Cpr. aussi en ce sens : Bordeaux, 22 mai 1806, Sir., 7, 2, 1050.

[47] Cpr. § 6, texte *in fine*, et note 21; Zachariæ, § 469, texte et note 4.

[48] *Moniteur* du 18 février 1819, p. 202. Dupin, *Lois civiles*, I, p. 303. Demolombe, *loc. cit.*

[49] Demolombe, *loc. cit.*

leur domicile [n'a pas été d'une durée continue de six mois au moins,] [la] publication sera faite en outre, savoir, au premier cas, dans le lieu du dernier domicile, et, [à défaut de ce domicile, dans le lieu de la dernière résidence;] au second [cas,] dans [le lieu de la naissance]. Art. 166 et 167[1]. [Loi du 21 juin 1907, art. 16 et 17.]

Enfin, lorsque les futurs époux, ou l'un d'eux, sont encore dans un âge où il ne leur est pas permis de contracter mariage sans le consentement de leurs ascendants ou du conseil de famille[2], [la] publication doit également être faite, soit au domicile de ces ascendants[3], soit au lieu où l'époux mineur avait son domicile lorsque la tutelle s'est ouverte[4]. Art. 168.

[1] [Avant la loi du 21 juin 1907, qui a modifié les art. 166 et 167,] les auteurs [n'étaient] pas d'accord sur la manière d'entendre ces articles. La difficulté [provenait] de ce que le mot *domicile* y [était] employé pour désigner, tantôt le domicile général, tantôt le domicile spécial dont parle l'art. 74. [Les dispositions de la loi du 21 juin 1907 semblent avoir coupé court à ces difficultés. Cpr. sur l'interprétation des art. 166 et 167 anciens,] Locré, *Lég.*, IV. p. 342 et suiv., n[os] 5 et 6; Merlin, *Rép.*, v° Domicile, § 9; Delvincourt, I, p. 132; Locré, II, p. 134. Toullier. I, 561,; Duranton, II, 230, Vazeille, 1, 154; Valette, sur Proudhon, I, p. 387; Demolombe, III, 189, 196 à 203; Zachariæ, 452, texte et note 2. Cpr. § 466, texte et note 1.

[2] C'est ainsi qu'il faut entendre les expressions de l'art. 168 : *Si les parties ou l'une d'elles sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui.* Les dispositions de cet article ne sont donc plus applicables, lorsque les futurs époux ont tous deux atteint l'âge compétent pour consentir par eux-mêmes au mariage, et ce, quand même ils auraient encore des ascendants vivants dont ils seraient tenus de [faire la notification de l'art. 154.] Maleville, I, p. 182. Toullier, I, 562. Delvincourt, I, p. 133. Vazeille, 1, 155. Demolombe, III, 190. Zachariæ, § 452, note 3. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 168, n° 2. — Proudhon (I, p. 377) enseigne que le mineur de vingt et un ans n'est pas obligé, lorsqu'il n'a plus d'ascendants, de faire publier son mariage au lieu où doit se tenir le conseil de famille. Mais cette opinion, contraire à la généralité des termes de l'art. 168, est repoussée par la plupart des auteurs. Delvincourt, Toullier et Demolombe, *locc. citt.* Duranton, II, 230. Valette, sur Proudhon, I, p. 337. note *a*. Zachariæ, § 452, note 3, *in fine*.

[3] Peu importe que ces ascendants soient domiciliés en France ou à l'étranger. Circulaire du ministre de la justice du 14 mars 1831, Sir., 36, 2, 342.

[4] C'est, en effet, dans ce lieu que doivent être convoqués tous les

L'officier de l'état civil n'est tenu de faire [la publication], et n'est autorisé à y procéder que sur la réquisition de l'un et de l'autre des futurs époux. Ces derniers doivent lui remettre, à cet effet, les notes nécessaires pour le mettre à même de remplir les formalités ci-après indiquées, sans cependant être obligés de produire, dès ce moment, les pièces constatant l'exactitude de ces notes [5].

[La publication] et l'acte qui en sera dressé par l'officier de l'état civil énonceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leurs qualités de majeurs ou de mineurs, les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. L'acte destiné à constater [la publication] indiquera en outre les lieux, jours et heures où [elle aura] été faite. Art. 63.

[Le procureur de la République dans l'arrondissement duquel doit être célébré le mariage peut dispenser, pour des causes graves, par exemple pour un pressant voyage [6], les futurs époux de la publication et même du délai qui doit la séparer de la célébration. Art. 169 [7]. (Loi du 21 juin 1907, art. 22.)

La publication devra être faite par voie d'affiche, apposée à la porte de la maison commune] et à défaut de maison commune, devant l'habitation de l'officier de l'état civil [9]. [Cette affiche restera apposée à la porte de la maison commune pendant dix jours, lesquels devront comprendre deux dimanches. Art. 64. (Loi du 21 juin 1907, art. 2.)

Elle sera transcrite sur un seul registre, [tenu dans la forme ordinaire. Ce registre doit, à la fin de chaque année, être joint aux doubles des registres de l'état civil, qui se déposent au greffe du tribunal de première instance. Art. 63. [(Loi du 21 juin 1907. Art. 1.)]

conseils de famille dont la réunion peut être nécessaire pendant la durée de la tutelle. Cpr. § 92 *bis*; Toullier et Duranton, *locc. citt.*

[5] Avis du Conseil d'État des 19-30 mars 1808. Delvincourt, I, p. 134. Zachariæ, § 452, texte et note 4. Voy. cep. Demolombe, III, 181.

[6] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 344 et suiv., nos 11 et 12).

[7] Cpr. Arrêté du 20 prairial an XI.

[9] Locré, I, p. 417. Zachariæ, § 452, texte et note 7.

La célébration du mariage ne peut avoir lieu avant le [dixième] jour, depuis et non compris celui de la publication. Art. 64. [Loi du 21 juin 1907, art. 2.] Si le mariage n'a pas eu lieu dans l'année, à compter du jour auquel il eût été permis de le contracter[12], il ne pourra plus être célébré qu'après de nouvelles publications, auxquelles il doit être procédé comme s'il n'en avait point encore été fait. Art. 65. [Loi du 21 juin 1907, art. 3.]

Si le mariage n'a point été précédé des publications requises, [ou s'il n'a] pas été obtenu de dispenses, ou si les intervalles prescrits entre les publications [et la célébration] n'ont point été observés, l'officier de l'état civil et les parties contractantes [ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi [12] *bis*] sont passibles, le premier, d'une amende qui ne pourra excéder trois cents francs, et les [autres], d'une amende proportionnée à leur fortune. Art. 192. [Loi du 21 juin 1907, art. 21.]

§ 466.

b. *De la célébration.*

Le mariage peut être célébré, soit par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'un ou l'autre des

[10] Cpr. art. 41 et suiv.; § 57.

[12] C'est ainsi que doivent être entendues les expressions de l'art. 65 : *à compter de l'expiration du délai* [*de la publication*], qui ne désignent pas le jour auquel a lieu la publication, mais le [dixième] jour suivant. Du reste, conformément à la règle *Dies à quo non computatur in termino*, ce [dixième] jour ne doit pas être compris dans l'année dont parle l'art. 64. Delvincourt, sur l'art. 64. Toullier, I, 567, à la note. Duranton, II, 229. Voy. en sens contraire : Demolombe, III, 187.

[[12] *bis*. La loi du 21 juin 1907 ajoute, comme le faisait déjà l'ancien texte de l'art. 191, que les personnes sous la puissance desquelles ont agi les parties contractantes pourront être pareillement frappées d'une amende proportionnée à leur fortune. Cette disposition vise évidemment les personnes dont le consentement est nécessaire pour la célébration du mariage. L'amende pourrait-elle être prononcée contre ces personnes sans l'être en même temps contre les conjoints, et réciproquement?]

futurs époux a son domicile général, soit par celui de la commune dans laquelle l'un ou l'autre aurait acquis, par [un] mois d'habitation continue, [à la date de la publication prescrite par l'art. 63, ou, en cas de dispense de la publication, à la date de la dispense obtenue dans les conditions prescrites par l'art. 69,] le domicile spécial indiqué en l'art. 74 [1] [et [1] *bis*]. Tout autre officier de l'état civil est incompétent pour procéder à la célébration du mariage [2]. Art. 165.

[1] [L'ancien art. 74 exigeait six mois : la loi du 21 juin 1907, art. 4, a abaissé ce délai à un mois seulement. Voy. en ce sens, pour l'interprétation de l'ancien texte,] : Locré, II, p. 132; Merlin, *Rép.*, v° Domicile, § 9, n° 2; Toullier, I, 571; Vazeille, I, 179; Valette, sur Proudhon, I, p. 383 à 388; Demolombe, III, 196 à 203. — Maleville (I, p. 181), Delvincourt (I, p. 132), Marcadé (sur l'article 74, n° 1) et Duranton (II, 220 à 224) enseignent, au contraire, que le mariage ne peut être célébré que par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'une ou l'autre des parties a acquis le domicile spécial indiqué par l'art. 74. Cette opinion, qui paraît, au premier abord, conforme au texte de cet article, n'en doit pas moins être rejetée, parce qu'elle est contraire à son esprit. En disant *que le domicile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune*, le législateur a voulu donner aux futurs époux la faculté de se marier dans le lieu de leur résidence, mais non leur enlever le droit de contracter mariage dans le lieu de leur domicile général. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 342 et suiv., nos 5 et 6). C'est au surplus en ce sens que l'art. 2, sect. II, de la loi du 25 sept. 1792, dont l'art. 74 du Code Napoleon reproduit la disposition, a été interprété par un décret du 22 germinal an II.

[[1] *bis*. L'art. 165 nouveau, tel qu'il a été modifié par la loi du 21 juin 1907, art. 15, paraît aller beaucoup plus loin et permettre la célébration du mariage, non seulement dans la commune où l'un des époux a son domicile général, et dans celle où il a le domicile spécial de l'art. 74 (résidence d'un mois au moins), mais encore dans la commune où l'un des époux a sa résidence de fait à la date de la publication ou de la dispense de publication, sans qu'il soit nécessaire que cette résidence ait duré un mois au moins; cette interprétation est trop contraire à la lettre de l'art. 74 (Loi du 21 juin 1907, art. 4) pour qu'il soit possible de s'y arrêter. Il est regrettable, seulement, que la rédaction de l'art. 165 ne soit pas plus claire.]

[2] Les militaires qui se trouvent sur le territoire français sont à cet égard soumis aux dispositions du Droit commun. Avis du Conseil d'Etat des 2e-4e jours complémentaires an XIII. Merlin, *Rép.*, v° Domicile, § 9, n° 3.

L'officier de l'état civil doit, avant de célébrer le mariage, se faire remettre les pièces suivantes :

1° Les certificats des publications auquelles il a dû être procédé dans d'autres communes que celles où le mariage se célèbre. Art. 76 [ancien], n° 6 [[2 bis]].

2° Les mainlevées des oppositions qui pourraient avoir été formées ; et, s'il n'y en a point eu, les certificats délivrés par les officiers de l'état civil des communes où il a été fait des publications, constatant qu'il n'existe point d'oppositions. Art. 67 à 69.

3° Les actes de naissance de chacun des futurs époux. [Cet acte doit avoir été délivré au futur époux trois mois au plus avant la célébration, s'il s'agit d'un acte délivré en France, six mois au plus, s'il s'agit d'un acte délivré dans une colonie ou dans un consulat. Art. 70 (Loi du 17 août 1897.)] Celui des deux époux qui serait, pour quelque cause que ce soit[3], dans l'impossibilité de se procurer son acte de naissance, peut y suppléer en rapportant un acte de notoriété reçu conformément aux dispositions de l'art. 71, par le juge de paix du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile, sur la déclaration de sept témoins, et homologué par le tribunal de première instance du lieu où doit se célébrer le mariage[4]. Art. 70 à 72.

4° Un acte authentique[5], rédigé conformément à l'art. 73[6],

[[2] *bis*. Planiol, I[6], n° 833. Cpr. art. 75.]

[3] C'est-à-dire, non seulement pour l'une des causes indiquées en l'art. 46, mais encore par suite d'une circonstance quelconque, par exemple, à raison d'une guerre, ou d'une révolution politique. Vazeille, I, 482. Zachariæ, § 453, texte et note 4.

[4] Si ce tribunal refuse l'homologation, son jugement ne peut être attaqué par voie d'appel. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, III, p. 86, n° 20)

[5] L'authenticité du consentement des père, mère, ou autres ascendants, est formellement exigée par l'art. 73. En règle, un consentement donné par un acte sous seing privé ne suffirait pas. Rieff. *Des actes de l'état civil*, n° 208. Marcadé, sur l'art. 73. Allemand, I, 222. Demolombe, III, 55. Demante, *Cours*, I, 236. Zachariæ, § 453, note 6. Mais le mariage célébré en vertu d'un pareil consentement, qui d'ailleurs ne serait entaché ni de violence, ni d'erreur, ni de dol, ne pourrait être attaqué de nullité, sous prétexte d'absence de consentement. Pau, 24 mars 1859, Sir., 59. 2, 519.

[6] Quoique cet article n'exige pas que l'acte portant de la part des

[modifié par la loi du 20 juin 1896,] constatant que ceux des ascendants des futurs époux dont la loi requiert le consentement consentent effectivement au mariage, à la célébration duquel ils ne comptent pas assister [7], sauf aux futurs époux qui auraient atteint l'âge compétent pour consentir par eux-mêmes au mariage, à remplacer cette pièce, au moyen de la production [de la notification prescrite par l'art. 151], sauf aussi à suppléer au consen-

ascendants consentement au mariage contienne le nom de la personne avec laquelle leur descendant se propose de se marier, Delvincourt (I, p. 134), Duranton (II, 91), Vazeille (I, 116), Richelot (I, p. 243, n° 7), Marcadé (sur l'art. 72) et M. Demolombe (III, 53) enseignent, par argument de l'article 1388, qu'un consentement donné d'une manière indéfinie ne remplirait pas le vœu de la loi, parce qu'il constituerait une sorte de renonciation aux droits de la puissance paternelle. Ce raisonnement repose sur une pétition de principe, puisque la loi, en donnant aux ascendants le droit de consentir au mariage de leurs descendants, ne dit pas de quelle manière ils devront exercer ce droit. Les dangers que signalent les auteurs dont nous combattons l'opinion ne paraissent pas bien sérieux, quand on considère que les ascendants seront toujours, au moyen des publications, instruits du nom de la personne avec laquelle le mariage doit être contracté : qu'ils pourront jusqu'au moment de la célébration, révoquer le consentement qu'ils ont accordé (Cpr., § 462, texte et note 41), et, au besoin, former opposition au mariage. Aussi, pensons-nous que l'officier de l'état civil ne pourrait refuser de proceder à la célébration, sous prétexte que l'acte portant consentement de la part des ascendants, et réunissant d'ailleurs les conditions exigées par l'art. 73, ne contiendrait pas le nom de la personne avec laquelle le mariage doit être contracté. Nous pensons à plus forte raison, que l'omission du nom de cette personne, dans l'acte de consentement, ne saurait à elle seule motiver une demande en nullité de mariage. Voy. en ce sens : Coin-Delisle, sur l'art. 73, n° 4; Chardon, *Puissance paternelle*, n° 204; Rolland de Villargues, *Rép. du notariat*, v° Consentement à Mariage, n° 24. Mais si cet acte avait été surpris par des manœuvres frauduleuses, si, par exemple, un fils avait indiqué, comme sa future épouse, une autre femme que celle avec laquelle il se proposait de se marier, le père, dont le consentement aurait été obtenu à l'aide du dol, pourrait, selon les circonstances, demander pour ce motif la nullité du mariage. Cpr. § 462, texte et note 43.

[7] Ainsi, la production de l'acte indiqué en l'art. 73 n'est pas exigée, lorsque les ascendants, dont le consentement est requis, assistent à la célébration du mariage. Delvincourt, I, p. 134. Toullier, I, 570. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 2, n° 5.

tement des ascendants et [à la production de la notification] destinée à le remplacer, en administrant, de la manière indiquée aux §§ 462 et 463, la preuve du décès de ces ascendants, ou de l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de manifester leur volonté[8]. Art. 76, nos 4 et 5.

5° La délibération du Conseil de famille portant consentement au mariage, dans les cas prévus par les art. 160 et 159.

6° La permission de contracter mariage, donnée par les supérieurs militaires, lorsque le futur époux appartient à l'armée de terre ou de mer.

7° Une expédition authentique des dispenses, s'il en a été accordé.

Du reste, lorsqu'il se rencontre, dans les actes de naissance ou de décès qui doivent être remis à l'officier de l'état civil, des noms mal orthographiés, ou quelque omission de prénoms, il n'est pas nécessaire de se pourvoir, dans les formes prescrites par les art. 99 à 101, en rectification de ces actes ; il suffit que l'identité des personnes dont les noms ont été mal orthographiés, ou dont quelques prénoms ont été omis, soit attestée à l'officier de l'état civil, de la manière indiquée par l'avis du Conseil d'État des 19-30 mars 1808.

La célébration du mariage doit se faire publiquement. Art. 165. On y procède de la manière suivante : Les futurs époux se présentent en personne[9], au jour par eux désigné,

[8] Cpr. art. 155; Avis du Conseil d'État, des 27 messidor-4 thermidor an XIII, § 462, texte et notes 27 à 32; § 463, notes 15 et 16.

[9] *En personne.* C'est du moins, quoique la loi ne le dise pas expressément, ce qui résulte de l'article 75 du Code civil, et de l'esprit qui a présidé à sa rédaction. La lecture prescrite par cet article serait absolument sans objet, si les futurs époux pouvaient se faire représenter par des mandataires. D'ailleurs, toute la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État, à l'occasion des art. 146 et 180, prouve qu'il a été dans l'intention du législateur d'exiger la comparution personnelle des futurs époux devant l'officier de l'état civil. Dans la séance du 24 frimaire an X notamment, le premier Consul énonça, sans aucune contradiction, que le mariage ne pouvait plus avoir lieu qu'entre personnes présentes. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 446. Enfin, si la présence des parties est exigée pour la prononciation du divorce par consentement mutuel, elle doit l'être également et

à la maison commune[10], devant l'officier de l'état civil. Cet officier, en présence de quatre témoins, parents ou non parents des parties, réunissant les qualités exigées par l'art. 37, fait lecture aux futurs époux des pièces ci-dessus mentionnées, et du chap. IV du titre *Du mariage, sur les*

même à plus forte raison pour la célébration du mariage. Cpr. art. 294. Nous pensons donc que l'officier de l'état civil devrait refuser son ministère aux personnes qui voudraient se marier par mandataire. Voy. en ce sens : Delvincourt, I, p. 137; Locré, II, p. 156; Duranton, I, 87; Vazeille, I, 184; Favard, *Rép.*, v° Actes de l'état civil, sur l'art. 36; n°s 5 et suiv.; Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 32; Marcadé, sur l'art. 36, Richelot, I, 175; Demolombe, III, 210; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 285. Demante, *Cours*, I, 240 *bis*, I; Glasson, n° 108; Zachariæ, § 453, texte et note 9. Voy. en sens contraire : Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 1er, quest. 4; Coin-Delisle, sur l'art. 36, n°s 5 à 7; Allemand, I, 365 et suiv. — Cpr. sur la question de savoir si le mariage qui de fait aurait été contracté par mandataire est ou non frappé de nullité : § 467, note 23.

[10] Telle est la disposition de l'art. 75. Il existait dans le projet du Code, au titre *Des actes de l'état civil*, un article d'après lequel le sous-préfet pouvait autoriser l'officier de l'état civil à se transporter, en cas d'empêchement, au domicile des parties, pour recevoir leurs déclarations et célébrer le mariage. Cpr. Locré, *Lég.*, III p. 50, art. 36. Mais cet article fut provisoirement retranché, dans la séance du 14 fructidor an IX, et la discussion à laquelle il avait donné lieu fut renvoyée au titre *Du mariage* (Locré, *Lég.*, III, p. 87 et suiv., n° 23). Dans la suite, la discussion, soit par oubli, soit pour toute autre cause, ne fut plus reprise sur ce point; et Portalis, exposant au Corps législatif les motifs du titre *Du mariage*, déclara, en commentant les dispositions de l'art. 165, que la célébration du mariage devrait être faite dans la maison commune. Cpr. Locré. *Lég.*, IV, p. 498, n° 28. Il est bien évident, d'après cela, que les parties ne pourraient pas forcer l'officier de l'état civil à se transporter hors de la maison commune pour y célébrer le mariage. Cependant, comme l'art. 165 n'exige pas expressément que le mariage soit célébré à la maison commune, et que, d'un autre côté, Portalis a lui-même admis, dans l'*Exposé de motifs* (Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 507, n° 40), la validité des mariages *in extremis*, nous croyons que l'officier de l'état civil, loin de contrevenir à ses devoirs, entrerait dans le véritable esprit de ses fonctions, si, pour des motifs graves, par exemple en cas de maladie de l'une des parties, il consentait à célébrer le mariage dans une maison particulière. Demolombe, III, 206. — Cpr. sur la validité des mariages célébrés hors de la maison commune : § 467, texte et note 8.

droits et devoirs respectifs des époux. Il reçoit ensuite de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme, et prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage. Art. 75. Enfin, l'officier de l'état civil dresse sur-le-champ, de tout ce qui précède, un acte qu'il inscrit, en la forme ordinaire, sur les registres de l'état civil, et dans lequel il insère toutes les énonciations prescrites par l'art. 76. Art. 75 et 194.

La loi des 17 juin, 2 et 10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage, impose à l'officier de l'état civil une nouvelle obligation, destinée à faire connaître au public le régime matrimonial des époux, obligation dont l'accomplissement doit être mentionné dans l'acte de célébration. Les dispositions de cette loi sont expliquées au § 503.

§ 467.

c. *Des conséquences qu'entraîne l'inobservation des formalités indiquées aux deux paragraphes précédents.*

Au nombre des formalités indiquées aux deux paragraphes précédents, il en est dont l'accomplissement est indispensable à l'existence même du mariage. Elles ont déjà été développées au § 452.

Actuellement, il s'agit d'examiner : quelles sont, parmi ces formalités, celles dont l'omission entraîne la nullité du mariage ; quelles sont les personnes admises à proposer cette nullité ; et quelles sont les fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à leur action.

1° Aux termes de l'art. 191, le mariage peut être argué de nullité, soit pour n'avoir pas été contracté publiquement, soit pour n'avoir pas été célébré devant l'officier public compétent[1].

[1] Lors de la discussion qui eut lieu sur l'art. 191 au Conseil d'État, on substitua, dans la rédaction définitive de cet article, la particule conjonctive *et* à la disjonctive *ou*, qui se trouvait dans le projet. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 418, n° 17). Mais il

a. La loi prescrit plusieurs formalités, qui toutes ont pour but d'assurer la publicité du mariage. Ces formalités sont : les publications [2], la célébration dans la maison commune [3], l'admission du public à cette célébration [4], et la présence de quatre témoins [5]. Mais l'inobservation de telle ou telle de ces formalités ne suffit pas pour entacher le mariage du vice de clandestinité, si d'ailleurs l'accomplissement des autres en a amené la publicité.

Ainsi, d'un côté, la clandestinité du mariage ne peut jamais résulter de la simple omission des publications, omission à raison de laquelle la loi se borne à prononcer une amende, tant contre l'officier de l'état civil que contre les parties contractantes ou les personnes sous l'autorité desquelles elles ont agi [6].

est évident qu'en opérant cette substitution, on n'a pas entendu subordonner l'action en nullité au concours simultané des deux vices de clandestinité et d'incompétence de l'officier de l'état civil; autrement un mariage célébré devant l'officier public compétent ne pourrait jamais être attaqué pour défaut de publicité, ce qui est inadmissible. Nous reconnaissons bien que la compétence de l'officier de l'état civil forme un élément important de publicité, et que son incompétence peut aggraver le vice de clandestinité. Mais il ne faut pas conclure de là, comme le fait Marcadé (sur l'art. 191, nº 1), que l'incompétence ne constitue une cause de nullité qu'en raison de la clandestinité qu'elle imprimerait au mariage, et qu'ainsi l'art. 191 n'établit qu'une seule et même cause de nullité. Au surplus, au point de vue pratique, la question ne présente guère d'intérêt, puisque les auteurs qui admettent avec nous l'existence de deux actions en nullité distinctes n'en sont pas moins d'accord pour appliquer à l'une et à l'autre les dispositions de l'art. 193. Cpr. texte, notes 12 et 18 *infrà*.

[2] Cpr. *Discussion au Conseil d'État* et *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 419, nº 18, p. 506 et 507, nº 39, p. 515, nº 51); note 6 *infrà*.

[3] Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, III, p. 87 et 88, nº 23); *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 498, nº 28; note 8 *infrà*).

[4] Cpr. *Exposé de motifs* (Locré, *op. et loc. cit.*); note 9 *infrà*.

[5] Toullier, I, 642. Caen, 13 juin 1819. Sir., 19, 2, 225. Cpr. note 10 *infrà*.

[6] L'absence de publications ne suffit jamais, à elle seule, pour entacher de clandestinité un mariage qui, d'ailleurs, aurait été célébré publiquement. Les tribunaux ne pourraient, sans contrevenir à la loi, et sans encourir la censure de la Cour de cassation,

Ainsi, d'un autre côté, la nullité du mariage ne résulte, du moins en thèse générale[7], ni du fait isolé de la célébration hors de la maison commune[8], ni de la circons-

l'annuler pour cet unique motif. En effet, les publications ne font pas partie intégrante de la célébration. On ne peut donc appliquer à l'inobservation de cette formalité, les dispositions des art. 165 et 191. D'un autre côté, la combinaison des art. 192 et 193 prouve jusqu'à l'évidence qu'en ouvrant, dans l'art. 191, une action en nullité contre le mariage qui n'avait point été célébré publiquement, ainsi que l'exige l'art. 165, le législateur ne s'est occupé que de la sanction des formalités qui accompagnent la célébration du mariage et non de celles de publications qui la précèdent. Enfin, la rédaction primitive de l'art. 192, la discussion dont il a été l'objet au Conseil d'État, et les explications données par le Tribunat, d'après les observations duquel cette rédaction a été changée, ne peuvent laisser aucun doute sur la justesse de l'opinion que nous avons émise. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 409, art. 13 et 14; p. 419, n°s 18 et 19; p. 457, n°s 20 et 21; p. 465, art. 43 et 44. Voy. en ce sens : Locré, III, p. 287; Maleville, I, p. 207; Delvincourt, I, part. I, p. 69; Merlin, *Rép.*, v° Bans de mariage, n° 2; Toullier, I, 569; Duranton, II, 334; Vazeille, I. 253; Valette. sur Proudhon, I, p. 409, note *a*; Demolombe, III, 295; Grenoble, 27 février 1817, Sir., 18, 2, 103; Riom, 10 juillet 1829, Sir., 29, 2, 320. [Cass., 15 juin 1887, Sir., 1890, 1, 446. Paris, 3 mars 1897, Sir., 1897, 2, 102.] L'opinion contraire est cependant défendue par Proudhon, I, p. 408, qui se fonde sur un passage de l'*Exposé de motifs* (cpr. Locré, *Lég.*, IV., p. 506 et 507, n° 39) où Portalis, après avoir dit qu'on range, entre autres, parmi les mariages clandestins, ceux qui n'ont point été précédés des publications requises, ajoute : « La nullité des mariages clandestins est évidente. » Mais, en énonçant cette dernière proposition d'une manière générale, l'intention de l'orateur du gouvernement n'était pas de l'appliquer spécialement aux mariages qui n'auraient pas été précédés des publications requises. Ce qui le prouve, c'est que dans un passage postérieur du même *Exposé de motifs* (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 515, n° 51), Portalis dit : « L'omission de ces publications, et l'inobservation des délais dans lesquels elles doivent être faites, *peuvent* opérer la nullité du mariage *en certains cas.* » Elles ne l'opèrent donc pas dans tous les cas, elles ne l'opèrent pas, notamment, lorsque les autres formalités prescrites pour assurer la publicité du mariage ont été accomplies.

[7] C'est-à-dire, sauf l'appréciation laissée au pouvoir discrétionnaire du juge. Sous ce rapport, il importe essentiellement de distinguer l'omission des publications et l'inobservation de l'une ou de l'autre des formalités intégrantes de la célébration. Cpr. note 6 *suprà*, et note 12 et 13 *infrà*.

[8] Locré, I, p. 97. Proudhon, I, 409 et 410. Merlin, *Rép.*, v° Mariage,

tance unique que le public n'aurait pas été admis à cette célébration[9], ni de la seule absence du nombre de témoins exigé par la loi[10]. [La sanction des prescriptions de la loi sur ces différents points n'est jamais que la sanction pénale de l'art. 192, qui s'applique, non seulement, comme il a été dit plus haut, à l'omission de la publication, mais aussi à l'omission de l'un quelconque des éléments de la célébration. Art. 193 cbn. art. 165[10 bis]. La nullité] ne se trouve pas même attachée, d'une manière nécessaire et absolue, à l'inobservation de plusieurs de ces formalités[11]. La clandestinité étant un vice dont les caractères plus ou moins prononcés dépendent de circonstances qui peuvent varier à l'infini, le législateur n'a pas cru devoir la définir; il a sagement abandonné au pouvoir discrétionnaire des tribunaux le soin d'apprécier si le mariage, dont on demande l'annulation à raison de l'inobservation

sect. IV, § 1, art. 1, quest. 1; et sect. V, § 2, n° 6. Toullier, I, 642. Duranton, II, 335 à 337. Vazeille, I, 250. Glasson, n°s 106 et 107. Zachariæ, § 453, texte et note 10. Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., 7, 1, 320. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., 14, 1, 291. Grenoble, 23 février 1815, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, V, 2, 21. Bourges, 23 mai 1822, Sir., 22, 2, 315. Toulouse, 26 mars 1824, Sir., 24, 2, 223. Civ. rej., 31 août 1824, Sir., 24, 1, 360. Riom, 10 juillet 1829, Sir., 29, 2, 320. [Aix, 18 août 1870, Sir., 1871, 2, 69.] Cpr. § 466, note 9. Voy. cep. en sens contraire : Maleville, I, p. 97; Delvincourt, I, p. 136. — *Quid*, si l'acte de mariage n'énonce pas le lieu où il a été célébré ? Cpr. Merlin, *op et v° citt.*, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 2; Caen, 13 juin 1819, Sir., 19, 2, 225; Lyon, 25 août 1831, Sir., 32, 2, 357; Paris, 13 juin 1836, Sir., 36, 2, 297.

[9] Cpr. Toulouse, 26 mars 1824, Sir., 24, 2, 223.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 3; et sect. V, § 2, n° 6. Toullier, I, 643. Civ. rej., 21 juin 1814, Sir., 14, 1, 291. Grenoble, 27 février 1817, Sir., 18, 2, 103. Voy. cep. Caen, 13 juin 1819, Sir., 19, 2, 225. Cpr. Lyon, 25 août 1831, Sir., 32, 2, 357.

[[10] *bis*. Voy. en ce sens Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *Des personnes*, II, n° 1843. Toulouse (Ch. civile), 1er février 1898, Sir., 1898, 2, 216. Voy. en sens contraire, Toulouse (Ch. correctionnelle), 7 janvier 1899, Sir., 1899, 2, 16. Il est d'ailleurs bien entendu que pour l'application de l'art. 193 comme pour celle de l'art. 192, la compétence appartient au tribunal correctionnel, à l'exclusion du tribunal civil. *Non obstat*, art. 50, qui ne vise ni le même délit, ni la même peine. Cpr. § 62, texte et note 4 et 6.]

[11] Cpr. les autorités citées aux notes 8 à 10 *suprà*.

de l'une ou de plusieurs des formalités qui doivent accompagner la célébration, a reçu ou n'a pas reçu une publicité suffisante pour remplir le vœu de la loi[12]. Art. 193. Leur décision sur ce point échappe donc à la censure de la Cour de cassation[13].

Du reste, il faut bien se garder de confondre les mariages clandestins et les mariages appelés secrets, c'est-à-dire les mariages qui, quoique célébrés avec toutes les formalités requises par la loi, ont été cachés de manière à en concentrer la connaissance parmi le petit nombre de témoins nécessaires à leur célébration. Ces mariages, que l'an-

[12] Merlin, *Rép.*, vº Mariage, sect. V, § 2, nº 6; et sect. VI, § 2 quest. 2 sur l'art. 191. Duranton, 2, 336. Vazeille, I, 250. Demolombe, III, 294. Civ. rej., 22 juillet 1807, Sir., 7, 1, 320. Civ. rej. 21 juin 1814, Sir., 14, 1, 291. Lyon, 25 août 1831, Sir., 32, 2, 357. Paris, 13 août 1851, Sir., 51, 2, 465. Lyon, 10 avril 1856, Sir., 56, 2, 706. Agen, 28 février 1857, Sir., 57, 2, 215. — Toullier (1, 642) reconnaît aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire encore plus étendu que celui que nous leur attribuons. Il prétend que le juge peut, dans le cas qui nous occupe, annuler ou maintenir le mariage attaqué, selon que l'intérêt public et celui des familles paraissent l'exiger, abstraction faite de toute autre considération. M. Dalloz (*Jur. gén.*, vº Mariage) semble partager cette manière de voir, à l'appui de laquelle il invoque un passage du *Discours* de Boutteville, orateur du Tribunat. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 561, nº 22. Cette citation porte évidemment à faux, puisque, dans le passage dont il s'agit, Boutteville ne parle pas du pouvoir discrétionnaire que l'art. 193 laisse au juge, en ce qui concerne l'appréciation de la demande en nullité portée devant lui, mais de la faculté que l'art. 191 donne au ministère public, d'attaquer ou de ne pas attaquer selon qu'il le juge convenable *dans l'intérêt des mœurs et des familles*, le mariage qui n'a pas été contracté publiquement, et celui qui ne l'a pas été devant l'officier de l'état civil compétent.

[13] D'après M. Dalloz (*op. et vº citt.*, p. 97 et 98, nº 7), le juge appelé à prononcer sur la demande en nullité d'un mariage auquel on reprocherait d'autre vice que celui d'avoir été célébré hors de la maison commune ne pourrait pas, sans encourir la censure de la Cour de cassation, prononcer l'annulation de ce mariage. Nous ne saurions admettre cette manière de voir, qui n'est fondée que sur une confusion évidente entre un mal jugé et une violation de loi. Quel serait le texte violé par l'arrêt qui, après avoir jugé en fait qu'un mariage célébré hors de la maison commune ne l'a pas été publiquement, appliquerait ensuite à ce mariage les dispositions des art. 165, 191 ?

cienne législation privait des états civils[14], sont aujourd'hui civilement efficaces[15]. Toutefois un mariage que les époux ont tenu secret ne peut être opposé aux tiers qui auraient traité avec eux dans l'ignorance de ce mariage[16].

b. L'officier de l'état civil est incompétent, lorsqu'il procède à la célébration du mariage de deux individus dont aucun n'a, dans la commune où il exerce ses fonctions, ni son domicile général, ni le domicile spécial indiqué en l'art. 74[17]. Toutefois, cette incompétence n'entraîne pas nécessairement la nullité du mariage. La loi remet encore à l'arbitrage du juge l'appréciation de la question de savoir si la violation des règles de compétence, commise dans la célébration du mariage, est ou non assez grave pour en faire prononcer l'annulation[18]. Art. 193 cbn. 165 et 191.

L'officier de l'état civil n'est point incompétent, dans le sens de l'art. 191, par cela seul qu'il célèbre, hors du territoire de sa commune, un mariage auquel il avait, sous le rapport des personnes, le droit de procéder[19]. Cette circonstance peut seulement aggraver, suivant les cas, l'infraction résultant de la célébration hors de la maison commune et entacher ainsi le mariage du vice de clandes-

[14] Déclaration du 26 novembre 1639, art. 5. Cpr. § 449, note 2.

[15] Les explications données par l'orateur du gouvernement et par celui du Tribunat ne peuvent laisser aucun doute à cet égard. Locré, *Lég.*, IV, p. 503 et suiv., n° 38; p. 556, n° 12. Toullier, I, 549. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IX, n° 2. Demolombe, III, 297. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Clandestinité, sect. II, § 2; Civ. cass., 15 pluviose an XIII, Sir., 5, 1, 81.

[16] Vazeille, II, 313. Req. rej., 30 août 1808, Sir., 9, 1, 43. Agen, 8 novembre 1832, Sir., 32, 2, 563.

[17] Cpr. § 466, texte et note 1 [et 1 *bis*].

[18] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2, sur l'art. 191. Toullier, 1, 644. Vazeille, I, 251. Valette, sur Proudhon, I, p. 410, obs. I. Marcadé, sur l'art. 191, n° 2. Demolombe, III, 298. Grenoble, 27 février 1817, Sir., 18, 2, 103. Paris, 15 janvier 1852, Sir., 52, 2, 14. Colmar, 27 février 1852, Sir., 52, 2, 488. Cpr. Civ. cass., 12 prairial an XI, Sir., 3, 1, 321. Voy. cep. Duranton, II, 338 et suiv.

[19] *Quid* du cas où l'officier de l'état civil célèbre, hors du territoire de sa commune, un mariage auquel il n'avait pas, sous le rapport des personnes, le droit de procéder? Cpr. sur cette question: Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 191.

tinité [20]. [Nous admettons pareillement qu'il n'y a pas incompétence, dans le sens de l'art. 191, lorsque la célébration du mariage a été faite, dans la commune où l'un des futurs conjoints avait son domicile général ou sa résidence dans les conditions de l'art. 74, par un membre du corps municipal de cette commune, investi irrégulièrement, mais d'une façon permanente, par le maire, des fonctions d'officier de l'état civil dans cette commune [20 *bis*].]

Les règles relatives à la publicité de la célébration et à la compétence de l'officier de l'état civil sont les seules dont la violation soit de nature à entraîner la nullité du mariage [21]. Ainsi, on ne pourrait en demander l'annulation, ni pour cause d'omission de la lecture des pièces

[20] L'art. 191 se refère à l'art. 165. qui ne règle que la compétence personnelle. Il n'existe donc aucune disposition qui prononce, pour incompétence territoriale. la nullité du mariage que l'officier de l'état civil aurait célébré hors du territoire de sa commune. On ne saurait d'ailleurs invoquer ici la maxime *Extra territorium jus dicenti impune non paretur*, L. 20. *D. de jurisd.*, 2, 1, qui ne s'applique qu'à la juridiction contentieuse. Cpr. L. 2, *D. de offic. proc.* 1, 16; L. 36, § 1, *D. de adop.*, 1, 7; L. 17, *D. de manum. vind.*, 40, 2. On ne peut davantage se prévaloir, ni des art. 5 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, ni de l'art. 1317 du Code Napoléon, qui sont entièrement étrangers à notre matière. Locré, III, p. 401. Merlin, *Rép.*, v° Mariage. sect. IV. § 1, art. 1, quest. 3. Vazeille, I, 231. Zachariæ, §, 454, texte et note 3, Voy. cep. Bourges, 23 mai 1822, et Civ. rej.. 31 août 1824, Sir., 22, 2, 315, et 24, 1, 360. Ces arrêts semblent admettre que l'art. 191 s'applique aussi bien à l'incompétence territoriale qu'à l'incompétence personnelle, sauf au juge à faire usage, dans l'un comme dans l'autre cas, du pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'art. 193. Cette manière de voir est également partagée par Duranton, II, 340 à 343. Richelot, I, p. 249, note 13, et M. Demolombe, I, 307.

[[20] *bis*: Cpr. 5e éd., § 56, texte et note 3 *ter*.]

[21] Il a été formellement reconnu au Conseil d'État (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 326 et 327, n° 271) que les diverses formalités de la célébration n'étaient pas toutes assez importantes pour que l'inobservation de chacune d'elles dût entraîner la nullité du mariage, qu'ainsi le législateur devait spécifier celles à l'omission desquelles il entendait attacher la peine de nullité. C'est dans cet esprit qu'a été rédigé l'art. 191, qui détermine les seuls cas auxquels le mariage peut être attaqué pour vices de forme. Cpr. § 458, note 2. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. V, § 2, n° 6. Douai, Sir., 51, 1, 202.

indiquées en l'art. 75 et du chapitre VI du titre *Du mariage*[22], ni à raison de la circonstance que les parties se seraient fait représenter par des mandataires lors de la célébration du mariage[23], ni pour le motif que le consentement des père, mère ou autres ascendants n'aurait pas été donné par un acte authentique[24], ni enfin par la raison que l'un des époux aurait, après son concours à l'accomplissement des conditions et formalités prescrites par l'art. 75, refusé de signer l'acte de célébration[25].

2° La nullité résultant, soit de la clandestinité du mariage, soit de l'incompétence de l'officier de l'état civil qui l'a célébré, peut être proposée par les époux eux-mêmes, par leurs ascendants, à quelque degré qu'ils se trouvent, par toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire actuellement ouvert à faire annuler le mariage, et par le ministère public[26]. Art. 191.

1° Aux termes de l'art. 191[27], les époux sont respecti-

[22] Merlin, *op. v° loc. citt.* Toullier, I, 574. Demolombe, III, 296.

[23] Merlin (*Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 1, art. 1, quest. 4) admet également la validité du mariage contracté par l'intermédiaire d'un mandataire; et il la fonde sur ce qu'il est encore permis aujourd'hui, comme il l'était autrefois, de se marier par procureur. Nous pensons, au contraire, que le mariage par mandataire est également contraire à l'esprit et à la lettre de nos lois nouvelles. Cpr. § 466, note 9. Mais, comme il n'existe pas de disposition textuelle qui le prohibe à peine de nullité, il n'appartient pas au juge d'en prononcer l'annulation. Demolombe, III, 210. Glasson, n° 109. Voy. en sens contraire : Bastia, 2 avril 1849, Sir., 49, 2, 238. — Il est à remarquer que, si le mandat avait été révoqué avant la célébration, le mariage devrait être considéré comme non avenu par défaut de consentement, quoique la révocation fût restée ignorée du mandataire et de la personne avec laquelle il a contracté. La volonté de se marier doit exister de fait au moment de la célébration : on ne saurait appliquer à la matière du mariage les dispositions exceptionnelles des art. 2005 et 2008. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 367. Merlin, *op. v° et locc. citt.*

[24] Voy. § 466, texte et note 5.

[25] Duranton, II, 241, note 2. Coin-Delisle, sur l'art. 76, nos 1 à 3. Demolombe, III, 213. Glasson, nos 112 et 113. Montpellier, 4 février 1840, Sir., 40, 2, 160.

[26] Cpr. § 461, texte n° 2. Zachariæ, § 454, texte et note 9.

[27] Nous avons déjà vu, § 452 *bis*, notes 10 à 13, que cet article établit une fin de non-recevoir contre la demande ou l'exception de

vement non recevables à provoquer l'annulation du mariage, à raison de vices de forme dont la célébration de leur union serait entachée, lorsque, d'une part, l'acte de la célébration, inscrit sur les registres de l'état civil, est représenté[28], et que, d'autre part, ils se trouvent en possession de l'état d'époux légitimes, c'est-à-dire lorsqu'ils ont cohabité publiquement et qu'ils ont été constamment reconnus, soit dans leurs familles, soit dans la société,

nullité, au moyen de laquelle les époux voudraient respectivement combattre la force probante de l'acte de célébration, à raison des irrégularités dont il se trouverait entaché comme acte instrumentaire. A s'en tenir rigoureusement à la lettre de cet article, il n'aurait même d'autre portée que celle qui vient d'être indiquée. Mais il faut reconnaître qu'il existe une intime connexité entre la célébration du mariage et l'acte instrumentaire ayant pour objet de la constater. Cet acte formant, en principe, la seule preuve légale de la célébration, le sort du mariage est d'une manière plus ou moins absolue attaché à son existence et à sa validité. On comprend, dès lors, qu'au point de vue des nullités, les rédacteurs du Code aient pu, dans certaines dispositions, confondre la célébration elle-même et l'acte instrumentaire destiné à en fournir la preuve, et que, tout en ne mentionnant expressément que cet acte, leur pensée se soit également étendue à la célébration. Or, c'est précisément ce qui nous paraît avoir eu lieu lors de la rédaction de l'art. 196. Il importe, en effet, de remarquer que c'est au chapitre *Des demandes en nullité de mariage*, que cet article se trouve placé; et il serait difficile de supposer que le législateur, qui ne s'est occupé, dans aucune autre disposition, de la demande en nullité dirigée contre l'acte de célébration, ait entendu, en établissant la fin de non-recevoir dont parle l'art. 196, la restreindre à une pareille demande. Notre interprétation, qui a été consacrée par la jurisprudence même en ce qui concerne les mariages célébrés à l'étranger (cpr. § 468, texte et note 23), est également admise par la majorité des auteurs. Voy. Maleville, sur l'art. 196; Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 et 3, sur l'art. 196; Toullier, I, 598 et 646; Proudhon et Valette, I, p. 442 et 443; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 342 à 344; Demolombe, III, 328. Voy. cep. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 139; Duranton, II, 250 et 252; Marcadé, sur l'art. 196, n° 1; Taulier, I, p. 323 et 324.

[28] La production d'un acte de célébration simplement inscrit sur une feuille volante ne suffirait pas pour faire admettre la fin de non-recevoir établie par l'art. 196. C'est ce qui ressort évidemment du rapprochement des art. 194, 195 et 196. Voy. les autorités citées à la note 11 du § 452 *bis*. Cpr. aussi : § 64, texte et note 15.

comme des personnes unies en légitime mariage[29].

Cette fin de non-recevoir s'applique au cas où le mariage a été célébré par un officier de l'état civil incompétent, comme à celui où il n'a pas été contracté publiquement[30]. Mais elle ne peut être opposée qu'à la demande en nullité formée par l'un des époux contre l'autre, et non à celle qui serait intentée par un tiers[31].

Du reste, la fin de non-recevoir établie par l'art. 196 est complètement étrangère à la demande en nullité qui serait dirigée contre le mariage à raison de l'existence d'un empêchement dirimant[32].

[29] Arg. art. 197 et 321. Merlin, *Rép.*, v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 5; v° Mariage, sect. VI, § 3, quest. 1 sur l'art. 196. Bourges, 23 mai 1822, Sir., 22, 2, 315.

[30] On s'est prévalu, en sens contraire, de la rédaction de l'art. 196; en se servant des termes *l'officier de l'état civil* et non des mots *un officier de l'état civil*, cet article, a-t-on dit, suppose que l'officier qui a célébré le mariage était compétent pour y procéder. Mais cette induction est tout au moins hasardée, et l'on peut répondre que, si telle avait été la pensée du législateur, il n'aurait pas manqué de l'exprimer d'une manière formelle en disant : *devant l'officier de l'état civil compétent*, au lieu de dire simplement : *devant l'officier de l'état civil*. A notre avis, ces dernières expressions, qui figurent également dans l'art. 195, n'ont, dans l'art. 196, d'autre but que d'écarter comme insuffisant un acte de célébration passé devant une personne non revêtue du caractère d'officier de l'état civil. Dès que l'on étend la fin de non-recevoir établie par l'art. 196 aux demandes en nullité dirigées contre la célébration elle-même, nous ne voyons plus en effet de motifs concluants pour distinguer entre le cas d'incompétence et celui de clandestinité. Maleville, I, p. 208. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 et 3 sur l'art. 196. Valette, sur Proudhon, I, p. 443, note *a*. Demolombe, III, 328. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 456, texte et note 7; Proudhon, I, p. 443; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 343.

[31] Toullier, I, 646. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 3 sur l'art. 196. Marcadé, sur l'art. 196, n° 2. Demolombe, III, 327. Allemand, I, 527. Demante, *Cours*, I, 278 *bis*. Lyon, 4 avril 1867, Sir., 67, 2, 290. — Toutefois, si la possession d'état ne fait pas absolument disparaître le vice dont le mariage se trouve entaché, elle en diminue du moins la gravité ; et le juge peut, en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui attribue l'art. 193, la prendre en considération pour rejeter, comme mal fondée, la demande en nullité formée par une tierce personne.

[32] Zachariæ, § 456, note 7.

Sauf l'effet de cette fin de non-recevoir, la nullité du mariage entaché de clandestinité, ou célébré devant un officier de l'état civil incompétent, ne se couvre, même entre les époux, ni par la confirmation, ni par la prescription trentenaire[33].

Mais la demande en nullité formée à raison de l'un ou de l'autre de ces vices, par une personne qui n'agit qu'en vertu d'un intérêt purement pécuniaire, peut être repoussée par une fin de non-recevoir tirée, soit de la renonciation aux droits que cette action avait pour objet de faire valoir, soit de la prescription de ces droits[34].

APPENDICE AUX PARAGRAPHES QUI TRAITENT DE L'EXISTENCE, DE LA PREUVE ET DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE.

§ 468.

Des mariages contractés par des Français en pays étranger.

1 *Des mariages contractés par des militaires qui se trouvent sous les drapeaux en pays étranger* [1].

En règle générale, ces mariages doivent être célébrés par les autorités militaires françaises auxquelles [l'art. 93, substitué, sur ce point, à l'ancien] art. 89[2] [par la loi du 8 juin 1893], confie les fonctions d'officiers de l'état civil, et ce, dans les formes qui vont être indiquées[3].

[33] *Exposé de motifs*, par Portalis, *Lég.*, IV, p. 515, note 52. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2, quest. 2 sur l'art. 196. Cpr. § 458, texte et note 11.

[34] Cpr. § 458, texte, notes 12 et 13.

[1] Cpr. § 466, note 2.—Sous l'expression *militaires*, nous comprendrons non seulement les militaires proprement dits, mais encore les personnes employées à la suite des armées qui leur sont assimilées. Cpr. § 66, texte et note 8, [5e éd., § 66 *bis*], § 25, texte et note 3.

[2] Les inspecteurs aux revues, dont [parlait l'ancien art. 89, correspondant à l'art. 93 actuel (loi du 8 juin 1893)] sont aujourd'hui remplacés par les intendants militaires. Ordonnance du 29 juillet 1817, art. 9.

[3] Cpr. § 66, texte et notes 8 à 10.

Art. [93 (substitué à l'art. 88 par la loi du 8 juin 1893)]. Toutefois, lorsque l'un des futurs époux est sujet du pays étranger où il se propose de se marier avec un militaire français, le mariage peut aussi être célébré par les autorités de ce pays, et dans les formes qui y sont usitées [4], conformément aux dispositions de l'art. 170, qui seront expliquées sous le n° 2 ci-après.

[La publication prescrite] par l'art. 63 du Code Napoléon [doit] être faite, de la manière indiquée au § 465, tant aux domiciles respectifs des futurs époux, qu'aux domiciles des personnes sous l'autorité desquelles ils se trouvent placés quant au mariage, lorsqu'ils n'ont point encore atteint l'âge compétent pour y consentir par eux-mêmes. [Art. 97 (substitué par la loi du 8 juin 1893 à l'ancien art. 94). Arg. art. 93, 1er alinéa (substitué par la loi du 8 juin 1893, à l'ancien art. 88) cbn. art. 168.] Si l'un des époux est étranger, les publications à faire dans le pays auquel il appartient peuvent être faites et constatées suivant les formes usitées dans ce pays [5]. Les publications doivent en outre être mises, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps, et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupe et pour les employés qui en font partie. [Art. 97 (Loi du 8 juin 1893)].

La compétence de l'autorité militaire appelée à remplir les fonctions d'officier de l'état civil se détermine uniquement d'après la position que le militaire occupe, sous les drapeaux, au moment de son mariage ; elle est indépendante de tout stage de résidence de sa part [6]. [Art. 93, 1er et 3e alinéas (substitué par la loi du 8 juin 1893, à l'ancien art. 89)].

[4] Cette exception, introduite par la jurisprudence (cpr. les arrêts cités à la note 12 du § 66) n'est peut-être pas entièrement conforme à la rigueur des principes. Cpr. § 66, texte et note 11.

[5] *Locus regit actum*. Cpr. § 31, texte V. Circulaire du ministre de la justice du 14 mars 1831, Sir., 36, 2, 342.

[6] L'art. 74 ne s'applique qu'aux militaires qui se trouvent sur le territoire français (cpr. § 466, note 2) et non à ceux qui sont sous les drapeaux en pays étranger. Vazeille, I, 192. Demolombe, III, 219.

La célébration du mariage doit avoir lieu dans un endroit public, et avec les formalités indiquées au § 466.

L'autorité militaire qui y a procédé est tenue d'envoyer, immédiatement après l'inscription de l'acte de célébration sur les registres, une expédition de cet acte [au ministère de la guerre ou de la marine, qui en assurera la transcription sur les registres de l'état civil du domicile du mari. Art. 94 (substitué par la loi du 8 juin 1893 à l'art. 95 ancien)].

L'inobservation des formalités spéciales prescrites par les art. 94 et 95 n'entraîne pas la nullité du mariage [8].

Sous tous les autres rapports, l'existence et la validité des mariages contractés, en pays étranger, par des militaires français, doivent être appréciées d'après les principes qui régissent les mariages célébrés en France, soit entre Français, soit entre Français et étrangers.

2° *Des mariages contractés, en pays étranger, par des Français non militaires, ou par des militaires français qui ne se trouvent pas sous les drapeaux* [9].

Lorsque les futurs époux sont tous deux Français, leur mariage en pays étranger peut être indifféremment célébré, soit par les agents diplomatiques et consuls français [10], d'après les formes prescrites par les lois françaises, soit par les autorités du pays où il est contracté [11], d'après les formes usitées dans ce pays. Si, au contraire, l'un des futurs époux est étranger, les autorités du pays où le mariage doit être célébré ont [eu, jusqu'à la loi du 29 nov.

[8] Zachariæ, § 455, texte et note 4. Colmar, 25 janvier 1823, Sir., 24, 2, 156.

[9] Tels sont, par exemple, les militaires en congé, ou les prisonniers de guerre. Cpr. § 58, texte et note 2.

[10] *Non obstat* art. 170. Cet article, en effet, n'a nullement pour objet de déroger à l'art. 48. Voy. Ordonnance du 23 octobre 1833, art. 15. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 2. Duranton, II, 234. Rieff, *Des actes de l'état civil*, n° 87. Marcadé, sur l'art. 170, n° 1. Demolombe, 1, 312. Cpr. Aix, 20 mars 1862, Sir., 62, 2, 387. Voy. en sens contraire : Favard, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 2.

[11] Arg. art. 48 cbn. 170. Cpr. § 66, texte et note 3. Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. IV, § 2, n° 9, *in fine*. Duranton, II, 234.

1901, seuls qualité,] à l'exclusion des consuls et agents diplomatiques français, pour procéder à la célébration du mariage [12]. [Aujourd'hui, aux termes de la loi du 29 nov. 1901, et de la loi du 21 juin 1907 [12] *bis*, les agents diplomatiques ou les consuls français procèdent valablement à la célébration du mariage d'un Français et d'une étrangère [12] *ter* dans les pays désignés par un décret du Président de la République.]

Du reste, la compétence, soit des consuls et agents diplomatiques français, soit des autorités étrangères, est indépendante de tout stage de résidence de la part des Français qui veulent se marier, en pays étranger, avec des étrangers, ou même entre eux [13].

L'existence et la validité des mariages contractés, en pays étranger, devant les autorités du lieu, soit entre Français et étrangers, soit entre Français, doivent, en ce qui concerne les formalités de la célébration, être exclusivement appréciées d'après les lois en vigueur dans le pays où le mariage a été célébré. Art. 170.

Ces mêmes lois régissent également tout ce qui est relatif à la preuve de l'union. Il suffit donc que les actes invoqués pour établir la célébration de mariages contractés en pays étranger soient conformes aux lois du pays où ils ont été célébrés [14]. D'un autre côté, quand l'union a été contractée dans un pays où il n'est pas d'usage de cons-

[12] Arg. *a contrario*, art. 48 cbn. 170. Merlin, *Rép.*, v° État Civil (actes de l'), § 2, sur les art. 47 et 48, nos 2 et 3. Duranton, II, 235. Rieff, *op. cit.*, n° 88. Marcadé, *loc. cit.*, Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 61, texte et note 11. Civ. cass., 10 août 1819, Sir., 19, I, 452. Voy. en sens contraire : Vazeille, I, 452.

[[12] *bis*. Art. 170 actuel, 2e et 3e alinéas.]

[[12] *ter*. Appartenant au pays du lieu de célébration, ou même à un tiers pays. Le texte ne fait aucune distinction.]

[13] La seconde partie de l'art. 170, qui, pour ce dernier cas, exigeait six mois de résidence en pays étranger de la part de l'une des parties contractantes, a été retranchée, sur la proposition du premier Consul. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 341, art. 8, p. 352, n° 22. Marcadé, sur l'art. 170, n° 3. Demolombe, III, 219.

[14] Zachariæ, § 455, texte et note 5. Rouen, 11 juillet 1827, Sir., 28, 2, 206. Bastia, 7 mai 1859, Sir., 60, 2, 333. Cpr. Req. rej., 9 novembre 1846, Sir., 47, 1, 55.

tater par écrit la célébration des mariages, la preuve peut s'en faire par témoins [15]. Il en est également ainsi, lorsque le mariage a été célébré dans un pays dont la législation, tout en prescrivant la tenue de registres destinés à constater les mariages, admet cependant la preuve testimoniale pour en établir l'existence. Mais il faut, dans l'un et l'autre de ces cas, que la preuve porte directement sur le fait de la célébration[16]. Enfin, il n'est pas même nécessaire de prouver le fait de la célébration, lorsque le mariage a eu lieu dans un pays où, pour établir l'existence d'une union légitime, il suffit de justifier de la cohabitation et de la réputation [17].

En permettant aux Français qui se trouvent en pays étranger d'y contracter mariage suivant les formes qui y sont usitées, le Code soumet l'usage de cette faculté à l'obligation de faire procéder en France, dans les municipalités indiquées par les art. 166 et 168, aux publications prescrites par l'art. 63 [18], et à la condition de ne pas

[15] Merlin, *Quest.*, v° Mariage, § 7, n° 1 et 2; *Rép.*, *eod v°*, sect. V, § 2, n° 9. Metz, 25 février 1808, et Riom, 11 juin 1808, Sir., 8, 2, 323 et 329. Req. rej., 8 juin 1809. Sir., 9, 1, 375. Req. rej., 7 septembre 1809, Sir., 7, 2, 927. Metz, 2 juin 1814, Sir., 19, 2, 314.

[16] Civ. cass., 18 mars 1868, Sir., 68, 1, 205.

[17] Req. rej., 20 décembre 1841, Sir., 42, 1, 321. Bordeaux, 14 mars 1849, Sir., 52, 2, 407. Req. rej., 13 janvier 1857, Sir., 57, 1, 81.

[18] Il résulte de la *Discussion au Conseil d'État* (cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 351, n° 19) qu'un Français qui se trouve, depuis de longues années, établi en pays étranger, sans avoir conservé d'habitation en France, est dispensé d'y faire publier son mariage. Mais il devrait toujours, dans le cas prévu par l'art. 168, faire procéder aux publications exigées par cet article. Cpr. Delvincourt, I, p. 138; Duranton, II, 277; Toullier, I, 578; Demolombe, III, 321; Zachariæ, § 455, n° 7. [Nous pensons même que, depuis la loi du 21 juin 1907 (art. 167 nouveau) le Français qui se marie à l'etranger n'est tenu de faire de publication à son dernier domicile en France qu'autant qu'il n'a pas déjà établi son domicile ou sa résidence à l'étranger depuis six mois au moins. C'est dans le cas où il aurait fixe son domicile à l'étranger depuis moins de six mois, et dans le cas où il résiderait à l'étranger depuis moins de six mois, qu'il serait tenu de faire la publication de l'art. 63 à son dernier domicile en France. C'est la solution même du texte, en tant qu'il exige la publication au dernier domicile du futur conjoint, en cas de changement de

contrevenir aux dispositions du chapitre I[er] *Du mariage*. Art. 170.

L'omission seule de publications en France n'entraîne pas la nullité du mariage célébré à l'étranger[19].

domicile ou de résidence de ce futur conjoint depuis moins de six mois, sans distinguer d'ailleurs entre le cas où le nouveau domicile et la nouvelle résidence ont été fixés à l'étranger et celui où ils ont été fixés en France. En définitive, le Français qui se marie à l'étranger n'est tenu de faire la publication de l'art. 63 qu'aux lieux où il serait tenu de la faire s'il se mariait en France. La solution contraire impliquerait, pour le Français qui se marie à l'étranger, une aggravation de l'obligation de faire la publication de l'art. 63, et cette aggravation ne ressort en aucune façon du texte de l'art. 170. Voy. en ce sens, pour la législation antérieure à la loi du 21 juin 1907, Riom, 3 mai 1897, *Journal de Clunet*, 1898, 138.]

[19] *Non obstat* art. 170. Dire qu'un mariage *sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées en pays étranger, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art.* 63, *et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent*, ce n'est pas dire qu'un mariage célébré en pays étranger sera nul, par cela seul qu'il n'aura pas été précédé des publications prescrites par cet article. Ce ne serait tout au plus que par un argument *a contrario*, que l'on pourrait tirer de l'art. 170 la conséquence, que l'omission des publications en France entraîne la nullité du mariage célébré à l'étranger. Or, cet argument n'est ici ni admissible, ni concluant, et cela par deux raisons également péremptoires : 1° En exigeant que le mariage célébré à l'étranger soit précédé de publications en France, lors même que ces publications ne seraient pas prescrites par les lois du pays où le mariage est contracté, l'art. 170 apporte une modification à la règle du Droit commun *Locus regit actum*; et ce n'est pas en vertu d'un argument *a contrario* qu'en l'absence de toute disposition explicite, qui attache la peine de nullité à l'inobservation d'une formalité non substantielle en elle-même, il peut être permis de la prononcer. 2° Attribuer aux expressions *pourvu que* l'effet d'une disposition irritante, c'est donner à l'art. 170 une portée trop étendue. En effet, si la clause était irritante quant à la première des conditions indiquées dans [le premier alinéa de] cet article, elle le serait aussi quant à la seconde, et il en résulterait ainsi qu'un mariage célébré à l'étranger, quoique précédé de publications régulières en France, devrait être annulé par cela seul qu'il n'aurait pas été signifié d'actes respectueux [antérieurement à la loi du 21 juin 1907, ou qu'il n'aurait pas été fait de notification dans les termes de cette loi (art. 151 nouveau)] ce qui ne paraît pas admissible. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Bans de mariage, n° 2; et *Quest.*, v° Publications de mariage, § 1; Favard, *Rép.*, v° Mariage, p. 475, *in fine*; Toullier, 1, 578;

Mais un pareil mariage devrait être annulé, s'il avait été contracté en fraude de la loi française, par exemple, si les époux, en omettant les publications en France et en se rendant en pays étranger pour y faire célébrer leur union, avaient eu en vue de la rendre clandestine aux yeux

Duranton. II, 237 et 238; Vazeille. I. 158; Sirey. *Observations*; Sir., 31, 1, 144; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 288; Paris, 8 juillet 1820, Sir., 20, 2, 307; Colmar, 25 janvier 1823. Sir., 24, 2, 156; Nancy, 30 mai 1826. Sir., 26, 2, 251; Req. rej., 10 mai 1841, Sir., 41, 1, 302; Req. rej., 18 août 1841, Sir., 41, 1, 872; Req. rej., 9 novembre 1846, Sir., 47, 1, 55; Bordeaux, 14 mars 1850. Sir., 52, 2, 561; Caen, 22 mai 1850, Sir., 52, 5, 566; Bordeaux, 14 janvier 1852, Sir., 52, 2, 300; Nîmes, 23 février 1858, et Paris, 11 juin 1858. Sir., 58, 2, 385 et 392; Pau, 22 mars 1859, Sir., 59, 2, 519; Bastia, 7 mai 1859, Sir., 60, 2, 333; Req. rej., 19 février 1866, Sir., 66, 1, 206; Req. rej., 30 novembre 1866, Sir., 66, 1, 442. [Depuis notre 4e Édition, cette jurisprudence n'a fait que s'accentuer. Voy. not. Paris, 20 janvier 1873, *Clunet*, 1874, 243; Aix, 29 avril 1874; Paris, 24 avril 1874, *Clunet*, 1875, 189; Rouen, 1er avril 1874, *Clunet*, 1875, 273. Cass., 28 décembre 1874; Dalloz. 1876. 1, 368; Douai, 29 décembre 1875, *Clunet*, 1877, 146; Paris, 28 février 1881, *Clunet*, 1881, 515. Cass., 14 décembre 1880; Sir., 1881, 1, 349; Rennes, 17 août 1879, *Clunet*, 1882, 205; Paris, 25 juillet 1881, *Clunet*, 1882, 531; Seine, 22 février 1883, *Clunet*, 1883, 397; Seine, 12 janvier 1884, *Clunet*, 1885, 88; Seine, 10 janvier 1885, *Clunet*, 1885, 89; Amiens, 22 juillet 1886, *Clunet*, 1887, 188. Cass., 15 juin 1887; Dalloz, 1888, 1, 412. Besançon, 4 janvier 1888, *Clunet*, 1888. 90; Seine, 12 juillet 1888, *Clunet*, 1889, 641; Bourges, 13 juillet 1891, *Clunet*, 1891, 1211; Paris, 5 août 1891, *Clunet*, 1891, 1214; Seine, 5 février et 13 mai 1892, *Clunet*, 1892, 683; Seine, 17 novembre 1893, *Clunet*, 1894, 138; Aix, 16 janvier 1895, *Clunet*, 1895, 616; Paris, 3 août 1898, *Clunet*, 1898, 1080; Rennes, 20 juin 1898, *Gaz. du Palais*, 2 février 1899; Seine, 16 janvier, 1899, *Clunet*, 1900, 148. Seine, 30 décembre 1899, *Clunet*, 1900, 350; Seine, 9 août 1900, *Clunet*, 1901, 153; Seine, 21 juin 1900, *Clunet*, 1902, 613; Aix, 20 décembre 1900, *Clunet*, 1903, 639. L'opinion contraire est aujourd'hui tout à fait abandonnée. Voy. dans le sens de cette dernière opinion,] Delvincourt, I, p. 179; Zachariæ, § 455, texte et note 7; Taulier, I, p. 288 et 289; Marcadé, sur l'art. 170, nº 2; Paris, 10 décembre 1827 et 4 juillet 1829; Sir., 29, 2, 179 et 180; Montpellier. 15 janvier 1839, Sir., 39, 2, 246. Cpr. aussi : Paris, 30 mai 1829 et Civ. rej., 9 mars 1831, Sir., 29, 2, 178, et 31, 1, 144; Civ. cass., 6 mars 1837, Sir., 37, 1, 177; Rennes, 6 juillet 1848, Sir., 49, 2, 397. Il est à remarquer que, dans les espèces sur lesquelles ont statué ces derniers arrêts, il y avait tout à la fois omission de publications en France, et absence d'actes respectueux.

de la société française, ou d'échapper à la nécessité de la signification des actes respectueux requis par les art. 151 et suivants[20], [avant la loi du 21 juin 1907, et de la notification du projet de mariage, depuis cette loi. En tant d'ailleurs que le mariage ainsi contracté à l'étranger serait de nature à subir l'application des règles posées par la convention de La Haye, du 12 juin 1902, dont il sera question ci-après[20] *bis*, la nullité dont nous croyons qu'il est

[20] Cette proposition se justifie par les explications que nous avons données au § 31, texte V, *in fine*, sur la maxime *Locus regit actum*. Cette maxime, en effet, ne protège que les actes faits de bonne foi, et ne peut être invoquée pour le maintien d'actes que les Français seraient allés passer à l'étranger dans le but de s'affranchir de formalités ou de conditions prescrites par la loi de leur patrie dans des vues d'intérêt général. Civ. rej., 9 mars 1831. Sir., 31, 1, 142. Grenoble, 30 mars 1844, Sir., 44, 2, 655. Paris, 9 juillet 1853, Sir., 53, 2, 401. Req. rej., 28 mars 1854, Sir., 54, 1, 295. Cpr. Zachariæ, § 467, note 9. [Depuis notre 4e édition, cette jurisprudence s'est encore accentuée. Voy. not. Seine, 14 juin 1876, *Clunet*, 1877, 146. Seine, 20 janvier 1877, *Clunet*, 1878, 164. Seine, 14 mars 1879, *Clunet*, 1879, 281. Seine, 12 juin 1879, *Clunet*, 1879, 486. Lyon, 28 février 1880, *Clunet*, 1880, 479. Rouen, 13 juillet 1880, *Clunet*, 1881, 256. Paris, 28 février 1881, *Clunet*, 1881, 364. Seine, 14 janvier 1885, *Clunet*, 1885, 183. Paris (mêmes parties), 22 juillet 1885, *Clunet*, 1885, 440. Orléans (mêmes parties, sur renvoi), 14 avril 1886, *Clunet*, 1886, 334. Orléans, 10 janvier 1894, *Clunet*, 1894, 536. Paris, 3 mars 1898, *Clunet*, 1899, 799. Seine, 9 août 1900, *Clunet*, 1901, 153.] — D'après MM. Valette (sur Proudhon, I, p. 412, obs. 2, et *Explication sommaire*, p. 98) et Demolombe (III, 222 à 225), il faudrait étendre à l'hypothèse que prévoit l'art. 170 la disposition de l'art. 193, qui reconnaît implicitement aux tribunaux le pouvoir d'annuler ou de maintenir, suivant les circonstances, les mariages entachés de clandestinité. Mais ce principe de solution, dont les applications pratiques concordent jusqu'à un certain point avec celles de la doctrine exposée au texte, ne nous paraît pas admissible en théorie. [Il suit d'ailleurs de la formule dont nous nous servons au texte et de la jurisprudence que nous avons relevée dans cette note, que l'intention des conjoints d'échapper aux prescriptions de l'art. 170, est l'élément essentiel de la clandestinité et par conséquent de la nullité de leur union. Mais cette intention frauduleuse ne suffit pas, à elle seule, pour constituer la clandestinité (Voy. Seine, 30 déc. 1886, *Clunet*, 1887, 187), dont certains éléments restent fixés par la loi étrangère du lieu de célébration (Voy. Seine, 14 juin 1887, *Clunet*, 1889, 104).]

[[20] *bis*. Voy. § 469 texte *in fine*, et notes 13 *bis* à 13 *sexiès*.]

frappé ne pourrait être jamais invoquée qu'en France. Art. 5, al. 3 de la Convention du 17 juin 1902[20] *ter*.]

Il est, du reste, bien entendu que, si le mariage contracté à l'étranger l'avait été au mépris d'un empêchement dirimant établi par la loi française, il serait susceptible d'être attaqué conformément à cette loi[21].

La nullité dont un mariage célébré à l'étranger se trouverait frappé pour clandestinité aux yeux de la société française, ou pour violation des formes prescrites par la loi étrangère, peut être proposée par toutes personnes intéressées, et notamment par les collatéraux[22].

Les époux cependant ne sont plus recevables à la faire valoir dans le cas prévu par l'art. 196[23].

[[20] *ter*. Cette solution, qui résulte incontestablement, à mon avis, de la Convention de 1902, puisque son art. 5 vise l'omission des publications et que cette omission constitue l'un des éléments de la fraude à la loi prévue au texte, me paraît d'ailleurs devoir s'appliquer, de droit commun, même aux mariages que cette convention ne régit pas. La théorie de la fraude à la loi n'est qu'une dépendance de celle de l'ordre public international (Voy. Bartin, *Etudes de droit international privé*, 1899, p. 245 et suiv.); autrement dit. les dispositions de la loi française auxquelles le Français qui se marie à l'étranger a frauduleusement cherché à échapper, prennent. vis-à-vis de lui et pour cette raison, le caractère de dispositions de police et de sûreté. Or, l'application des dispositions de police et de sûreté est purement territoriale (Voy. Bartin, *Etudes de droit international privé*, 1899, p. 277 et suiv.) E. B.]

[21] Delvincourt, sur l'art. 170. Zachariæ, § 455, texte et note 9.

[22] On cite ordinairement en sens contraire les arrêts suivants : Req. rej.. 5 novembre 1839, Sir., 39, 1, 822; Req. rej.. 18 août 1841, Sir., 41, 1, 871; Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 7; Nîmes, 23 février 1858. Sir., 58, 2. 385. Mais il est à remarquer que ces arrêts ont été rendus dans les espèces où le mariage, célébré à l'étranger, était attaqué pour simple omission de publications en France. et non pour clandestinité dans le sens de l'art. 191. Cette distinction, qui ressort d'une manière précise du motif du premier de ces arrêts, prouve qu'ils laissent complètement intacte notre question, qui doit se résoudre par ce principe incontestable, que le vice de clandestinité engendre une nullité absolue et d'ordre public.

[23] Civ. rej., 23 août 1826, Sir., 27, 1, 108. Paris, 23 janvier 1832, Sir., 32, 2, 384. Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195. Paris, 13 juin 1836, Sir., 36, 2, 298. Req. rej., 25 février 1839, Sir., 39, 1, 187. Rennes, 6 juillet 1840, Sir., 40, 2, 397. Req. rej., 10 mars 1841,

La nullité qu'entraîne le défaut de publications en France, lorsque les époux se sont mariés en pays étran-

Sir., 41, 1, 302. Req. rej., 17 août 1841, Sir., 41, 1, 681. Grenoble 30 mars 1844, Sir., 44, 2, 655. Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 7. Req. rej., 14 juin 1845, Sir., 45, 1, 726. Req. rej., 8 novembre 1853, Sir., 56, 1, 17. Req. rej., 26 juillet 1865, Sir., 65, 1, 393. [Lyon, 1er juin 1881. *Clunet*, 1882, 534. Seine, 21 juin 1883, *Clunet*, 1884, 67. Paris (mêmes parties), 25 juin 1884. *Clunet*, 1884, 627. Trib. de Pontoise, 6 août 1884, *Clunet*, 1885, 296. Paris, 3 août 1898. *Clunet*, 1898, 1080. — Cette solution nous paraît devoir être rattachée au caractère de la disposition de l'art. 196, tel que nous l'avons analysé à la note 27 du § 467. Cette disposition a pour objet d'établir une fin de non-recevoir, non seulement contre la demande en nullité dirigée contre l'acte instrumentaire de la célébration du mariage, mais aussi et surtout contre la demande en nullité dirigée contre la célébration elle-même. Elle constitue, dès lors, non pas une disposition de preuve, non pas même peut-être une disposition de forme, mais une disposition de fond, à laquelle il ne faut pas songer à appliquer la règle *Locus regit actum*. Si elle constituait une disposition de preuve de la célébration, ou si elle pouvait être envisagée comme une disposition se rattachant aux formes du mariage, il en résulterait qu'elle ne serait applicable à aucun mariage célébré en dehors du territoire français, pas même aux mariages des Français à l'étranger, qui sont régis, en principe, quant à la forme et quant à la preuve, par la loi du lieu de célébration. Cpr. § 31 V. Sans doute, la règle *Locus regit actum* a un caractère facultatif qui permet la substitution des dispositions de forme et de preuve de la loi personnelle des parties à celles de la loi locale (Voy. § 31 V, note 78), et on pourrait dès lors, semble-t-il, même en considérant la disposition de l'art. 196 comme une disposition de forme ou de preuve, en admettre l'extension aux mariages des Français à l'étranger. Mais cette explication de l'extension aux mariages des Français à l'étranger de la disposition de l'art. 196, considérée comme une disposition de forme ou de preuve, nous paraîtrait inexacte pour deux raisons : 1° Le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* n'autorise la substitution de la loi personnelle des parties à la loi locale, en matière de formes ou de preuves, qu'autant qu'il s'agit de la loi personnelle *commune* des parties. Cpr. § 31 V, note 78. Cette explication ne vaudrait donc jamais que pour les mariages entre Français à l'étranger : elle serait inadmissible, à tout le moins, pour les mariages entre Français et étrangers à l'étranger. La disposition de l'art. 196 s'applique cependant, croyons-nous, aux uns comme aux autres. 2° Même pour les mariages entre Français à l'étranger, cette explication de l'extension de la disposition de l'art. 196 au delà du territoire français nous paraîtrait insuffisante. Lors en

ger pour se soustraire à l'obligation de faire [la notification] prescrite par la loi, peut être proposée par les ascen-

effet qu'en matière de formes ou de preuves, la substitution de la loi personnelle des parties à la loi locale se produit, pour un acte juridique quelconque, elle présente deux caractères qui font ici absolument défaut. Elle est, d'abord, intentionnelle et voulue de la part des parties, et il est difficile de soutenir que tel soit le caractère de la possession d'état d'époux de deux sujets français mariés à l'étranger : ils ont la possession d'état d'époux parce que ceux qui les entourent la leur reconnaissent, et non point parce qu'ils veulent qu'elle leur soit reconnue : s'ils ont fait, pour donner naissance à cette possession d'état d'époux, tout ce qu'il fallait faire aux yeux du public, on ne peut cependant pas dire qu'il n'ait dépendu que d'eux que l'opinion publique leur ait assuré une preuve de la célébration, d'ailleurs insuffisante, de leur union. Donc le premier caractère de la substitution de la loi personnelle à la loi locale, qui est que ladite substitution soit intentionnelle et volontaire de la part des intéressés, manque ici nécessairement. Le second caractère de cette substitution ne fait pas moins défaut. Quand cette substitution de la loi personnelle commune des parties à la loi locale se produit, en matière de formes ou de preuves, elle est totale, ce qui signifie que les Français qui préfèrent s'en tenir aux formes et aux preuves de leur loi personnelle s'y soumettent pour tout ce qui concerne la forme ou la preuve de l'acte qu'ils font : c'est ainsi, par exemple, que l'on comprendrait fort bien que la disposition de l'art. 196 s'appliquât aux mariages des Français célébrés par les agents diplomatiques ou les consuls français. Mais il ne semble pas qu'ils puissent mélanger à leur gré les dispositions de forme ou de preuve de la loi locale et celles de leur loi personnelle : le caractère facultatif de la règle *Locus regit actum* leur permet de *substituer* les dispositions de leur loi personnelle à celles de la loi locale, mais non pas de *compléter* celles-ci par celles-là. Or, c'est précisément ce qu'on admettrait qu'ils peuvent faire, si l'on attribuait à la disposition de l'art. 196 le caractère d'une disposition de forme ou de preuve à laquelle les Français qui se marient à l'étranger se soumettraient, tout en se mariant selon les formes de la loi du lieu de célébration. Il ne saurait donc être question, selon nous, de rattacher, en droit international privé comme en droit civil interne, la disposition de l'art. 196, soit au système des formes, soit au régime des preuves. Cette disposition nous apparaît, dès lors, comme une disposition de fond, ayant pour objet, comme nous le disions à la note 27 du § 467, d'établir une fin de non-recevoir contre la demande en nullité dirigée contre la célébration même du mariage. La possession d'état opère ici comme une sorte de *reconciliatio matrimonii*, très différente, d'ailleurs, d'une confirmation proprement dite, qui ne saurait

dants [auxquels cette notification devrait être faite] ainsi que par l'époux qui se trouvait soumis à l'obligation de [la faire]. Mais elle se couvre, par rapport aux uns comme à

intervenir à l'occasion de nullités absolues telles que celles qui résultent de la clandestinité ou de l'incompétence de l'officier de l'état civil. Nous conclurons de ces observations et du caractère que nous assignons à la disposition de l'art. 196, non seulement que cette disposition s'applique tant aux mariages contractés à l'étranger entre Français et entre Français et étrangers, qu'aux mariages contractés en France, mais encore qu'il n'y a pas à distinguer, — et ceci nous paraît capital, — suivant que, dans l'une quelconque des hypothèses qui précèdent, la possession d'état se produit en France, ou bien dans le pays où le mariage a été célébré, ou bien enfin dans un pays étranger quelconque, et même en pays d'Orient. Nous ne ferions de réserve quant à l'application de l'art. 196 aux mariages des sujets français à l'étranger qu'en ce qui concerne le mariage d'une Française avec un étranger; la possession d'état d'époux, au sens de la loi française, ne s'étant d'ailleurs jamais produite qu'à l'étranger. En pareil cas, et à supposer toutefois que la femme ait perdu la nationalité française par l'effet du mariage, l'art. 196 nous paraîtrait inapplicable, la loi française ne pouvant intervenir à aucun titre, ni comme loi locale (la célébration du mariage et la possession d'état s'étant produites à l'étranger), ni comme loi personnelle (aucune des parties n'ayant la nationalité française), dans la solution d'une difficulté dont tous les éléments dépendent de la loi étrangère. Sans doute, il y a des cas dans lesquels les dispositions favorables de la loi française continuent à profiter à une ancienne Française, devenue étrangère par son mariage. Voy. not. § 748 *bis*, note 38. Mais cela ne se produit jamais que parce que l'application de la loi française à cette ancienne Française tend à faire prononcer la nullité du mariage d'où est résultée la perte de sa nationalité, et par conséquent à la lui restituer. Dans notre hypothèse, l'application de l'art. 196 aurait un but et conduirait à un résultat précisément inverses. L'objection ne saurait donc nous arrêter et l'art. 196 nous paraît décidément inapplicable. Mais cette exception est la seule que nous croyons pouvoir apporter à la règle posée au texte. Notamment, nous n'hésiterions pas à appliquer l'article 196 à des conjoints devenus Français depuis leur mariage seulement. Voy. en ce sens l'arrêt précité de la cour de Paris, 3 août 1898, *Clunet*, 1898,1080. L'acquisition de la nationalité française a eu pour effet de leur communiquer à tous égards, pour l'avenir, le bénéfice du statut personnel français. Cpr. § 73 *ter*, texte et note 3, cbn. § 30, texte et note 20.]

[24] Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195. Req. rej., 5 novembre 1839, Sir., 39, 1, 822. Rennes, 6 juillet 1840, Sir., 40, 2, 397.

l'égard de l'autre, par les causes indiquées en l'art. 183[24].

Indépendamment des conditions exigées par l'art. 170, la loi impose au Français qui s'est marié à l'étranger l'obligation de faire transcrire l'acte de célébration sur les registres de l'état civil du lieu de son domicile, dans les trois mois de son retour en France. Art. 171 [24 *bis*.]

Ce délai n'est pas fatal ; la formalité dont il s'agit peut être utilement accomplie à toute époque [24 *ter*], et même

Req. rej., 17 août 1841, Sir., 41, 1, 681. Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45, 2, 7. Req. rej., 14 juin 1845, Sir., 45, 1, 726. Paris, 9 juillet 1853, Sir., 53, 2, 401.

[24 *bis*. L'art. 171, tel qu'il a été modifié par la loi du 29 nov. 1901, soumet à la formalité de la transcription le mariage du Français à l'étranger, en tant que ce mariage a été célébré dans les conditions prévues par le premier alinéa de l'art. 170, c'est-à-dire, notamment, en tant qu'il a été précédé de la publication de l'art. 63 en France. Cette formule du législateur de 1901, que ne contenait pas l'ancien texte, semblerait impliquer, si l'on prenait le texte nouveau à la lettre, que la transcription de l'art. 171 n'est possible qu'autant que le mariage célébré à l'étranger a été précédé en France de la publication de l'art. 63. Le mariage célébré à l'étranger sans la publication préalable de l'art. 63 en France, ne pourrait pas être transcrit conformément à l'art. 171. Cette interprétation du texte de 1901, qui aboutirait à introduire subrepticement dans la loi une sanction originale de l'art. 170 et de l'exigence de la publication, que le législateur ne semble pas avoir prévue, nous semble devoir être repoussée. La formule de l'art. 170, qui paraît subordonner à la publication en France la validité du mariage du Français à l'étranger, est au moins aussi énergique que celle par laquelle l'art. 171 nouveau renvoie à l'article 170, et nous ne saurions cependant la considérer comme irritante. Cpr. § 468, note 19. A plus forte raison ne saurions-nous prendre à la lettre celle de l'art. 171 et en faire sortir un obstacle à la transcription du mariage célébré à l'étranger sans publication préalable en France. Nous ferons d'ailleurs observer que la sanction qui résulterait de cette application littérale de l'art. 171 serait aussi gênante qu'inefficace. Elle n'entraînerait certainement pas, par elle-même, la nullité du mariage : elle le frapperait seulement d'une marque indélébile de clandestinité, puisque le défaut de transcription est l'un des éléments possibles de la clandestinité (cpr. § 468, note 27), et que le mariage dont la célébration n'aurait pas été précédée de la publication, ne pourrait être ni transcrit, ni célébré à nouveau, avec publication préalable, à fin de transcription.]

[24 *ter*. Peut-elle l'être dès avant le retour des époux en France?

postérieurement au décès des deux époux[25]. Néanmoins, après l'expiration des trois mois, l'officier de l'état civil ne doit effectuer la transcription qu'en vertu d'un jugement de rectification[26].

L'omission de la formalité prescrite par l'art. 171, qui peut, suivant les circonstances, constituer un élément de preuve de la clandestinité, pour la société française, de l'union célébrée en pays étranger, n'entraîne pas, par elle-même, la nullité de cette union[27], et ne prive les époux ou leurs enfants d'aucun des effets civils du mariage, pas même de ceux qui en supposent la publicité légale[28].

Le tribunal de la Seine (12 avril 1882, *Clunet*, 1882, 615) s'est prononcé pour la négative.]

[25] Toullier, I, 579. Merlin, *Quest.*, v° Mariage, § 14. Duranton, II, 239 et 240. Vazeille, I, 189. Zachariæ, § 455, note 8. Rouen, 11 juillet 1827, Sir., 28, 2, 206. Req. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1, 261. [Orléans, 9 février 1900. *Clunet*, 1900, 592.]

[26] Une transcription à faire hors des délais indiqués par l'art. 171 constitue une rectification des actes de l'état civil, et ne peut, dès lors, avoir lieu qu'après autorisation de justice. *Lettre du grand juge*, du 5 germinal an XII, rapportée par Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. III, § 1, n° 3, p. 579 et 580.

[27] Ce premier point est généralement admis. Outre les autorités citées à la note 25 *suprà*, voy. encore : Marcadé, sur l'art. 371; Taulier, I, p. 289; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 290; Demolombe, III, 229; Zachariæ, § 455, texte et note 8; Req. rej., 12 février 1833, Sir., 33, 1, 195; Bordeaux, 14 mars 1850, Sir., 52, 2, 661; Nîmes, 23 février 1858, Sir., 58, 2, 385.

[28] D'accord avec la jurisprudence, nous avions, dans nos deux premières éditions, émis l'opinion que les époux, et la femme en particulier, n'étaient admis à invoquer les effets civils attachés à la publicité légale du mariage qu'à partir de la transcription de l'acte de célébration, lorsque cette formalité n'avait pas été accomplie dans le délai fixé par l'art. 171. Les considérations suivantes nous ont portés à abandonner cette manière de voir : 1° L'art. 171 ne prononce aucune déchéance, et il ressort des travaux préparatoires du Code qu'on n'a jamais eu l'idée d'attacher à cet article d'autre sanction que celle des peines pécuniaires. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 352, n° 23. Si le retranchement des dispositions insérées à cet effet dans le projet du Code a laissé de fait cet article sans sanction, ce n'est pas une raison pour y suppléer par une déchéance que la loi n'a pas rétablie. 2° Le système contraire ferait retomber sur la femme les conséquences de l'omission d'une formalité que son état de dépendance vis-à-vis de son mari ne lui [permettrait] pas

Ainsi, les enfants jouissent, malgré le défaut de transcription, du bénéfice de la légitimité, et sont aptes à recueillir, comme enfants légitimes, les successions de leurs parents en ligne directe ou collatérale[29].

Ainsi encore, l'absence de transcription ne prive pas la femme du droit de faire valoir son hypothèque légale à partir des époques fixées par l'art. 2135[30], et ne lui enlève pas la faculté de demander la nullité des engagements qu'elle aurait contractés sans l'autorisation de son mari[31]. Toutefois, si les époux avaient tenu leur mariage secret, ils ne pourraient s'en prévaloir vis-à-vis des tiers, qui auraient traité avec l'un d'eux dans l'ignorance de leur union[32].

toujours de remplir, et dont ce dernier pourrait même avoir intérêt à empêcher l'accomplissement, ce qui est en opposition avec l'esprit général de notre législation touchant les garanties accordées aux femmes mariées pour la conservation de leur patrimoine, et plus spécialement avec les motifs sur lesquels repose la dispense d'inscription de leur hypothèque légale. 3° Il serait peu rationnel, après avoir admis, comme on est obligé de le faire, qu'un mariage célébré en pays étranger produit en France tous les effets civils, indépendamment de la transcription de l'acte de célébration, tant que les époux continuent à résider à l'étranger, de subordonner, quand ils sont de retour en France, quelques-uns de ces effets à l'accomplissement de cette formalité. 4° Enfin, il n'est pas inutile de remarquer que la disposition de l'art. 171 resterait sans application possible, si le mariage avait été contracté dans un pays où il n'est pas d'usage de constater la célébration par un acte instrumentaire. Voy. en ce sens, Mourlon, *Revue de droit français et étranger*, 1844, I, p. 885; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 290; Demolombe, III, 229. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 240, Toullier, I, 589 ; Marcadé, II, sur l'art. 171. Cpr. aussi pour et contre, les autorités citées à la note 30 *infrà*.

[29] Req. rej., 16 juin 1829, Sir., 29, 1, 201. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 138.

[30] Mourlon, Du Caurroy, Bonnier et Roustain, Demolombe, *locc. citt.* Troplong, *Des hypothèques*, II, 513 *bis*, Civ. rej., 23 novembre 1840, Sir., 40, 1, 929. Voy. en sens contraire : Duranton et Marcadé, *locc. citt.*; Montpellier 15 janvier 1823, Sir., 23, 1, 381; Req. rej., 6 janvier 1824, Dalloz, *Jur. gén.*, v° Hypothèques, p. 144; Montpellier, 3 juin 1830, Sir., 31, 2, 151.

[31] Voy. pour et contre cette proposition, les autorités indiquées à la note 28 *suprà*.

[32] Cpr. § 467, texte et note 16. Demolombe, *loc. cit.*

Il est, du reste, évident que le défaut de transcription ne pourrait être invoqué, ni par les deux époux, pour repousser l'action en nullité dirigée contre leur mariage[33], ni par l'un d'eux ou par son nouveau conjoint, pour faire maintenir une seconde union qu'il aurait formée avant la dissolution de la première[34].

§ 469.

Des mariages contractés en France par des étrangers.

Les étrangers peuvent valablement se marier en France, soit entre eux, soit avec des Français[1].

[Abstraction faite des règles posées par la Convention de La Haye, du 17 juin 1902, dont il sera question ci-après], ces mariages sont, quant aux solennités extrinsèques et à la manière d'en constater l'accomplissement, entièrement régis par les lois françaises[2].

La capacité personnelle des étrangers[3] qui veulent se

[33] Vazeille, I, 190. Zachariæ, § 455, note 9, *in fine*. Civ. cass. 8 novembre 1824, Sir., 24, 1, 428.

[34] Duranton, II, 240. Demolombe, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 138.

[1] Avis du Conseil d'État, des 2e-4e jours complémentaires an XIII (Locré, *Lég.*, II, p. 362). Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 352, n° 11).

[2] Ainsi les étrangers qui n'ont pas six mois de résidence en France sont tenus de faire publier leur mariage à leur dernier domicile à l'étranger. Circulaire du ministre de la justice du 14 mars 1831, Sir., 36, 2, 342, Demolombe, III, 231. Voy. cep. l'art. du sénatus-consulte du 30 juillet 1867, relatif au mariage des étrangers immigrants dans les colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion.

[3] Dans le cours de la *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 352, n° 21), le premier Consul ayant demandé pourquoi le projet ne parlait pas des mariages contractés en France par des étrangers, Réal expliqua ce silence en disant qu'un article déjà adopté par le Conseil soumettait, en général, aux lois françaises, les étrangers résidant en France. Cette remarque était inexacte, puisque l'alinéa 1er de l'art. 3 du Code Napoléon, seule disposition à laquelle Réal ait pu faire allusion, ne soumet les étrangers habitant le territoire français qu'aux lois de police et de sûreté. Or,

marier, soit avec des Français, soit entre eux, se règle par les lois de leurs pays [sur le mariage [3] *bis*].

Les étrangers incapables de se marier d'après ces lois ne peuvent, pour justifier leur capacité, se prévaloir des lois françaises. Ainsi, un étranger qui n'aurait point encore atteint l'âge auquel sa loi nationale permet le mariage, ne serait pas admis à se marier en France, bien qu'il eût dépassé l'âge fixé par l'art. 144 [4]. C'est par ce motif que l'officier de l'état civil, appelé à procéder à la célébration du mariage d'un étranger, peut et doit exiger de lui un certificat délivré par les autorités de son pays, constatant qu'il est habile à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser [5]. Toutefois, l'incapacité résultant de proscriptions politiques ou de condamnations pénales prononcées en pays étranger n'empêche pas l'étranger qui s'en trouverait frappé de contracter, en France, un mariage valable aux yeux de la loi française [6].

Réciproquement, on ne peut opposer aux étrangers, capables de se marier d'après les lois de leur pays, les incapacités établies par la loi française. Ainsi, l'étranger

cette disposition, loin de condamner notre opinion, nous fournit un argument *a contrario* d'autant plus puissant qu'il se trouve corroboré par un argument d'analogie tiré de l'al. 4 du même article. Cpr. l'art. 4 du sénatus-consulte cité à la note précédente, § 31, texte et note 23; Duranton II, 233. Vazeille, I, 187.

[[3] *bis*. Nous entendons, par ces derniers mots, exclure l'application d'une législation sur le mariage à laquelle renverrait la loi nationale de ces étrangers sur les conflits de législations. C'est la difficulté bien connue aujourd'hui de tous les internationalistes sous le nom de *question du renvoi*. Comme elle ne se présente pas seulement à l'occasion du mariage, mais qu'elle peut se produire à l'occasion d'un acte juridique quelconque, et même, en dehors de tout acte juridique, dans une relation de droit quelconque, nous ne saurions l'examiner ici. Nous la résolvons, en principe, sans tenir compte des dispositions de la loi étrangère sur le conflit des lois : autrement dit, nous repoussons, d'une façon générale, le renvoi. Cpr. note 13 *quater infrà* et Bartin, *Études de droit international privé*, 1899, p. 83 et suiv.]

[4] Voy. aussi sur l'incapacité dont se trouvent frappés les moines étrangers § 31, texte et note 27.

[5] Cpr. la circulaire du ministre de la justice, citée à la note 2.

[6] Cpr. § 31, texte II et III, n° 2, lett. *e*, et notes 40 à 42.

qui est parvenu à l'âge auquel il est permis de se marier suivant la loi de son pays doit être admis à contracter mariage en France, bien qu'il n'ait point encore l'âge requis par l'art. 144.

Les tribunaux français, qui seraient incidemment saisis d'une demande en nullité dirigée contre un mariage contracté, même en France, entre étrangers, doivent apprécier d'après les lois étrangères, non seulement la capacité personnelle des époux, mais encore le point de savoir s'il existait ou non un empêchement dirimant de nature à entraîner l'annulation du mariage. Ainsi, le juge français devrait maintenir le mariage célébré entre un beau-frère et une belle-sœur par un officier de l'état civil français, si la loi nationale des époux autorisait un pareil mariage. [Il devrait pareillement maintenir le mariage célébré entre un étranger régulièrement divorcé dans son pays [6] *bis* et

[6 *bis*. Nous entendons par ces expressions : un étranger régulièrement divorcé dans son pays, un étranger qui a obtenu, dans le pays dont il est le ressortissant à la date de la demande en divorce, un divorce régulier, c'est-à-dire un divorce prononcé conformément à sa loi nationale, en tant qu'elle régit la dissolution de son mariage, par la juridiction spécialement compétente à cet effet, aux termes de la loi du pays dont il est le ressortissant, après une procédure également régulière aux termes de cette même législation. Plus précisément, nous ne considérerions pas comme régulièrement divorcé, au sens où nous prenons l'expression au texte, et à fin de célébration d'un second mariage en France, l'étranger qui aurait obtenu le divorce, même dans son pays, conformément à une loi autre que sa loi nationale sur le divorce, par exemple, conformément à la loi de son domicile au jour de la demande en divorce ou même au jour de la célébration du mariage. En pareil cas, le divorce aurait été obtenu par application d'une loi que la loi française ne considère pas comme normalement applicable aux effets et par conséquent à la dissolution du mariage. Cpr. § 31, II et III, texte et notes 8 à 10. On pourrait d'ailleurs hésiter, quant à la détermination même de cette loi nationale de l'étranger divorcé, entre la loi nationale au jour de la célébration du mariage et la loi nationale contemporaine de la demande en divorce, à supposer que cet étranger eût changé de nationalité dans l'intervalle. Nous pensons qu'il ne peut s'agir, en principe, que de la loi nationale au jour de la célébration du mariage, à moins peut-être que les époux n'aient pris ensemble une nationalité nouvelle, et par conséquent un statut personnel nouveau et semblable pour l'un et

une étrangère ou même une Française, par un officier de l'état civil français, sous le régime de la loi du 8 mai 1816, comme il devrait aujourd'hui, sous le régime de la loi du 27 juillet 1884, maintenir le mariage célébré entre un étranger régulièrement divorcé dans son pays[6] *ter*, mais pour une cause que la loi française ne considère pas comme de nature à autoriser le divorce en France, et une étrangère, ou même une Française, par un officier de l'état civil français[6] *quater*.]

pour l'autre. Voy. en ce sens Labbé, dans *Clunet*, 1877, 19. Surville et Arthuys, n° 302, et les autorités qu'ils citent. — Mais la circonstance que le divorce, d'ailleurs prononcé par application de la loi nationale de l'étrangé divorcé, aurait été prononcé dans un pays autre que le sien, par une juridiction d'ailleurs généralement et spécialement compétente et après une procédure régulière, le tout, conformément aux dispositions de la loi de ce pays autre que le sien, nous paraîtrait indifférente. Nous n'avons parlé au texte du divorce régulièrement prononcé dans le pays dont l'étranger est le ressortissant, que parce que tel sera le cas le plus ordinaire. — La distinction de la compétence générale et de la compétence spéciale, à laquelle nous venons de faire allusion, sera expliquée au § 748 *bis*, notes 8 et 8 *bis*. Il est d'ailleurs bien entendu que, s'agissant d'un jugement étranger sur l'état des personnes, ce jugement produira son effet, quant à la dissolution du mariage, indépendamment de tout *exequatur* proprement dit. Cpr. § 769 *ter*, texte et note 10. On expliquera à ce même § 769 *ter* la différence qui sépare la procédure d'*exequatur* proprement dite, qui ne saurait être appliquée ici, de l'action qui aurait pour objet de faire constater l'absence de l'une quelconque des conditions de régularité du jugement étranger d'où résulte le divorce, et d'interdire, en conséquence, tout second mariage en France.]

[[6] *ter*. Voy. la note 6 *bis suprà*.]

[[6] *quater*. Cpr. note 10 *infrà*. Peu de questions ont été aussi discutées que celle-là, tant sous le régime de la loi du 27 juillet 1884, que sous le régime de la loi du 8 mai 1816. L'opinion que nous émettons au texte a depuis longtemps pour elle la grande majorité des auteurs et la jurisprudence. Voy. Surville et Arthuys, n° 300. Sans doute, la prohibition absolue du divorce, qui résultait de la loi de 1816, la prohibition atténuée qui résulte de la loi de 1884, qui n'admet le divorce que pour trois causes déterminées, constituent des dispositions de police et de sûreté, des dispositions d'ordre public international, qui s'appliquent, sans distinction, aux étrangers en France, quelles que soient les dispositions de leurs lois personnelles. Mais il suffit, pour donner raisonnablement satisfaction à cette idée, que les étrangers dont la loi personnelle

Il ne faut pas, toutefois, conclure de la proposition précédente qu'il y ait, pour les officiers de l'état civil en France, obligation ou faculté de procéder à une union entre étrangers, par cela seul que le mariage, si de fait il avait été célébré, ne serait pas susceptible d'être annulé. Bien loin de là, ces officiers peuvent et doivent même refuser de prêter leur ministère à toute union qui, quoique permise par la loi nationale des époux, serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, d'après les idées de la société française. C'est ainsi, par exemple, que l'officier de l'état civil pourrait et devrait se refuser à procéder au mariage entre beaux-frères et belles-sœurs étrangers, qui n'auraient point au préalable obtenu des dispenses du gouvernement français [7]. La même solution [nous paraissait] devoir s'appliquer [avant la loi du 27 juillet 1884,] au cas où un étranger, dont le divorce aurait été légalement prononcé dans son pays, voudrait se marier en France, même avec une étrangère [8]. [Si l'on

autorise le divorce plus ou moins largement, ne puissent l'obtenir en France que dans les cas prévus par la loi française, même à supposer que les tribunaux français soient compétents à leur égard. Cpr. § 748 *bis*, notes 39, 42, 43, 54. Il serait tout à fait excessif d'aller jusqu'à méconnaître le divorce régulièrement prononcé par les autorités étrangères, dans les limites de leur compétence législative et juridictionnelle (cpr. note 6 *bis suprà*) et de frapper de nullité le second mariage célébré en France. Il n'y aurait pas de raison pour s'en tenir là : il faudrait aller jusqu'à frapper de nullité le second mariage célébré, même à l'étranger, dans les mêmes conditions. Cette double solution aurait pour effet d'attribuer aux dispositions de police et de sûreté une portée extraterritoriale qui ne résulte certainement pas des raisons nécessairement arbitraires et locales pour lesquelles ces dispositions sont appliquées aux étrangers, non seulement à l'exclusion, mais par éviction des dispositions correspondantes de leur loi personnelle. Voy. en ce sens, et pour la discussion de cette difficulté à l'étranger, Bartin, *Études de droit international privé*, 1899, p. 255 et suiv.]

[7] Cpr. § 31, texte II et III, nº 2, lett. *c*, et note 34. Circulaire ministérielle du 10 mai 1824, Sir., 29, 2, 285. [Voy. cependant *infrà*, note 8 *bis*. E. B.]

[8] [Nous pensions, avant la loi du 27 juillet 1884, qu'il était difficile de] contester que l'abolition du divorce [en 1816 avait] eu pour objet de faire cesser le désaccord qui existait, quant à la question de l'indissolubilité du mariage, entre la loi civile et les croyances reli-

adopte cette manière de voir, il en résulte que la même solution s'applique aujourd'hui au cas où un étranger dont le divorce aurait été légalement prononcé dans son pays, dans des conditions et pour des causes que la loi française du 27 juillet 1884 n'admet pas, par exemple, pour cause de folie incurable ou d'absence prolongée de son conjoint, voudrait se marier en France, même avec une étrangère [8] *bis*.]

gieuses de la majorité des Français; et il [aurait été] contraire à l'esprit de cette loi de permettre en France la célébration d'une union de nature à froisser les sentiments religieux de la société française. En vain [selon nous, objectait-on] que cette union, une fois célébrée, [n'aurait] cependant pas [pu] être annulée. Cette objection, qui s'appliquerait également au mariage que voudraient contracter en France un beau-frère et une belle-sœur, l'un et l'autre étrangers, n'est en droit d'aucune portée, puisqu'il existe beaucoup d'empêchements qui sont simplement prohibitifs. Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, n° 197. Demangeat, sur Fœlix, *Droit international privé*, I, p. 66, note *a*. Demante, *Cours*, I, p. 45, note 1. Dutruc, Sir., 59, 2, 402. Paris, 20 août 1824, Sir., 25, 2, 203, Paris, 28 mars 1843, Sir., 43, 2, 566. Voy. en sens contraire : Merlin, *Quest.*, v° Divorce, § 43; Demolombe, I, 101; Civ. cass., 28 février 1860, Sir., 60, 1, 210; Orléans, 19 avril 1860, Sir., 60, 2, 196.

[[8] *bis*. Je ne partage, ni sur ce point, ni sur celui qui fait l'objet de la précédente note, la doctrine de MM. Aubry et Rau. Dans leur quatrième édition, antérieure à la loi du 27 juillet 1884, ils n'ont eu à formuler cette doctrine qu'en vue de la prohibition complète du divorce qui résultait de la loi du 8 mai 1816, et je me suis permis de compléter au texte l'expression de cette doctrine, comme ils auraient été, je crois, logiquement amenés à le faire eux-mêmes, en indiquant l'application qu'elle peut recevoir encore sous le régime de la loi du 27 juillet 1884. Mais je n'hésite pas à me séparer d'eux, tant sur la solution qu'ils ont expressément donnée à la difficulté qui résultait de la loi de 1816 que sur celle que la logique m'oblige à leur prêter quant à la difficulté identique que soulève la loi de 1884. Ce n'est qu'en envisageant comme une loi de police et de sûreté la prohibition du divorce ou la limitation du divorce à des cas déterminés, qu'on peut admettre l'existence d'un empêchement prohibitif à la célébration en France du mariage d'un étranger régulièrement divorcé à l'étranger. Or, il ne semble pas que les dispositions d'ordre public international puissent comporter une sanction aussi atténuée que celle d'un simple empêchement prohibitif. S'il y a, dans ces dispositions de la loi française, de véritables dispositions d'ordre public international, il faut aller

La capacité personnelle des Français qui veulent se marier avec des étrangers se détermine exclusivement par les lois françaises. Ainsi, par exemple, un Français ne peut se marier avec une étrangère qui lui est parente ou alliée au degré prohibé par les art. 161 à 163, quand même cette dernière aurait, d'après les lois de son pays, la faculté de l'épouser[9].

D'un autre côté, un Français ne peut jamais se prévaloir des dispositions d'une loi étrangère qui autoriserait le mariage qu'il se propose de contracter, pour se soustraire à une prohibition d'ordre public établie par la loi française, et qui, d'après son objet, s'applique non seulement aux mariages entre Français, mais encore aux mariages entre Français et étrangers. C'est ainsi qu'une Française ne peut valablement contracter mariage avec un mahométan qui serait déjà engagé dans les liens d'une première union.

La prohibition établie par l'art. 144 n'ayant point le caractère qui vient d'être indiqué, rien n'empêche qu'un Français ne contracte valablement mariage avec une étrangère qui n'a point encore atteint l'âge fixé par cet article, pourvu qu'elle soit pubère d'après les lois de son pays.

La loi du 8 mai 1816, sur l'abolition du divorce, ne contenant aucune disposition qui [défendît] le mariage avec des personnes devenues libres de tout lien matrimonial antérieur par l'effet d'un divorce légalement prononcé, il en [résultait] que le mariage contracté entre une Française et un étranger divorcé ne [pouvait] être annulé par le motif que le premier conjoint de celui-ci se trouvait encore en vie au moment de la célébration de la nouvelle union[10]. Il est, du reste, bien entendu que si le divorce

jusqu'à la nullité du mariage, et l'on a vu, à la note 6 *quater suprà*, que cela n'est pas possible. Cpr. note 13 *quinquiès infrà*. E. B.]

[9] Duranton, II, 164 et 165.

[10] [Cpr. note [6] *bis suprà*]. En vain opposerait-on en sens contraire l'art. 147 du Code Napoléon combiné avec la loi du 8 mai 1816. Il nous paraît en effet évident que la question de savoir si un premier mariage, contracté par un étranger, subsiste encore, ou se trouve dissous, ne peut se décider que d'après la loi nationale de cet étranger. Bien qu'un mariage contracté par une Française avec un

prononcé en pays étranger l'avait été en fraude de la loi française, à la demande d'un Français qui s'y serait fait naturaliser dans ce but, un pareil divorce serait à considérer en France comme non avenu, et que par conséquent le second mariage que ce Français aurait contracté, fût-ce même en pays étranger, serait frappé de nullité aux yeux de la loi française [11]. [On appliquera sans difficulté ces solutions au rétablissement du divorce par la loi du 27 juillet 1884, en tant qu'il s'agirait de l'effet en France du divorce d'un étranger, prononcé à l'étranger, régulièrement ou bien en fraude de la loi française, dans des cas et pour des causes que la loi du 27 juillet 1884 ne considère pas comme de nature à autoriser le divorce.]

L'union contractée entre un Français et une étrangère produit en France tous les effets civils que la loi française attache au mariage [12].

Au contraire, l'union contractée, même en France, entre deux étrangers, ou entre un étranger et une Française, n'y produit point, en faveur des époux et de leurs enfants, les effet civils qui, d'après les principes exposés au § 78, doivent être considérés comme particuliers aux Français [13].

mahométan, déjà engagé dans les liens d'une première union, constitue par lui-même une violation formelle de la défense prononcée par l'art. 147, il n'en est pas de même du mariage qu'une Française aurait contracté avec un étranger légalement divorcé, puisque, en pareil cas, c'est bien moins le mariage lui-même qui est contraire à la loi française, que le maintien du divorce par la loi étrangère. Pour prononcer l'annulation d'une pareille union, il faudrait un texte formel ; et ce texte n'existe pas. Demolombe, I, 101. Cpr. Nancy, 30 mai 1826, Sir., 26, 2, 251.

[11] Poitiers, 7 janvier 1845, Sir., 45, 2, 215. Req. rej., 16 décembre 1845, Sir., 46, 1, 100. [Les conséquences de la fraude à la loi sont ici de même nature qu'en matière de forme des actes. Cpr. § 31 V, texte *in fine* et note 82. Voy. sur la notion de fraude à la loi et les applications qu'on peut en faire à d'autres matières, Bartin, *Études de droit international privé*, 1899, p. 245 et suiv.]

[12] La raison en est que l'étrangère qui épouse un Français devient Française par son mariage. Art 12, Cpr. § 73.

[13] La femme française qui épouse un étranger devient étrangère par son mariage. Art. 19, al. 1. Elle ne peut donc, pas plus que son mari, réclamer en France la jouissance des droits civils qui sont exclusivement attachés à la qualité de Français, Cpr. § 74, texte

[Cette règle ne comporterait d'exception qu'au profit de la femme Française qui aurait conservé sa nationalité, malgré son mariage avec un étranger, dans le cas prévu par l'art. 19 (loi du 26 juin 1889)[13] *bis*.]

[Les règles qui précèdent ne sont d'ailleurs applicables que sous réserve des dispositions de la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, approuvée par la loi du 16 avril 1904, promulguée par le décret du 17 juin 1904[13] *ter*.

1° La capacité personnelle des étrangers qui veulent se marier en France[13] *quater* dépend de leur loi nationale ou de la loi étrangère à laquelle renvoie expressément leur loi nationale. Art. 1er de la Convention[13] *quinquiès*.

nº 5. Avis du Conseil d'État des 2e-4e jours complémentaires an XIII, Locré, *Lég.*, II, p. 362. Il ne lui complète, par exemple, aucune hypothèque sur les immeubles que son mari possède en France. Cpr. § 78, texte et notes 62 à 64 — Voy. en ce qui concerne la légitimation des enfants issus du commerce d'un étranger et d'une Française : § 78, texte et note 27.

[13 *bis*. Cette femme, restée Française, pourrait incontestablement invoquer, sur les immeubles de son mari situés en France, l'hypothèque légale de l'art. 2121. L'art. 11 du Code civil n'y mettrait aucun obstacle, puisqu'il s'agit d'une Française et non pas d'une étrangère, autrement dit, d'une personne qui jouit en principe de tous les droits civils des Français. — J'ajoute personnellement que je pense que cette femme, restée Française, ne pourrait d'ailleurs invoquer cette hypothèque légale qu'à la condition que la loi nationale de son mari la lui conférât également, et, en un certain sens, dans la mesure où elle la lui conférerait. Ceci, en effet, n'est plus une question de jouissance des droits civils, du ressort de l'art. 11. C'est une question de conflit des lois, complètement distincte de la précédente. Comme l'hypothèque légale de la femme est un effet du mariage (voy. § 264 *ter*, texte et notes 1 et 2) et que les effets du mariage dépendent de la loi nationale du mari au jour du mariage (voy. § 31, II et III, texte et note 10), l'application de cette loi à la concession et à l'étendue de l'hypothèque légale de la femme en résulte nécessairement, même si la femme est restée Française, même s'il s'agit d'immeubles du mari situés en France. E. B.]

[13 *ter*. Voy. sur l'ensemble des dispositions de cette convention : *Le mariage d'après la convention du 12 juin 1902*, par Buzzatti, Paris, 1911, 1 vol. 8°.]

[13 *quater*. L'expression plus générale dont se sert l'art. 1 de la Convention n'a pas d'autre sens que celui de capacité personnelle. Buzzatti, p. 91 et suiv.]

[13 *quinquiès*. Sur ce point, la Convention du 12 juin 1902 sanc-

2° Elle peut résulter d'ailleurs de la loi française elle-même, en tant que la loi nationale de ces étrangers leur interdirait le mariage pour des raisons d'ordre religieux. Art. 2 de la Convention.

3° Elle peut, en sens inverse, être limitée par la loi française, en tant qu'ils demanderaient à épouser en France, conformément à leur loi nationale ou à la loi étrangère à laquelle leur loi nationale renvoie, une personne que la loi française leur interdirait, d'une façon absolue et sans dispense possible, de rechercher en mariage, à raison de la parenté ou de l'alliance qui les unirait à elle. L'empêchement qui résulterait, à ce point de vue, de la loi française, serait d'ailleurs simplement prohibitif. Art. 2 de la Convention [13] *sexiès*.

4° La preuve que l'étranger qui demande à se marier en France réunit, en effet, les conditions de capacité personnelle qui dépendent de la loi étrangère peut résulter, notamment [13] *septiès* d'un certificat des agents diplomatiques ou consulaires de son pays, accrédités en France. Art. 4 de la Convention.]

IV. DES EFFETS DU MARIAGE EN CE QUI CONCERNE LES DROITS ET LES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX [1].

§ 470.

1. *Des droits et des devoirs communs aux deux époux.*

Chacun des époux doit à son conjoint la fidélité conjugale [2]. Art. 212.

tionne le système du renvoi, non pour des raisons de principe, mais à titre de transaction entre les conceptions opposées des différentes législations en présence. Cpr. note 3 *bis suprà*.]

[[13] *sexiès*. Même observation qu'à la note précédente. Buzzatti, p. 218 et suiv.]

[[13] *septiès*. Mais pas exclusivement.]

[1] Il ne peut être ici question des effets du mariage en ce qui concerne les biens des époux. Ils seront exposés au second chapitre de ce titre.

[2] Ce principe est cependant sanctionné, [au point de vue pénal],

Les époux se doivent mutuellement l'assistance personnelle qu'ils sont en position de se prêter, et des secours pécuniaires proportionnés à leurs facultés. Art. 212.

Lorsque, comme c'est la règle, les époux font ménage commun, l'obligation réciproque qui leur incombe, de se fournir des secours pécuniaires, se trouve réglée par les dispositions légales qui, suivant la diversité des régimes matrimoniaux, déterminent la proportion dans laquelle ils doivent contribuer aux frais de ce ménage [3].

Quand les époux, sans être séparés de corps [4], ne font cependant pas ménage commun, on doit, pour apprécier exactement les conséquences de l'obligation réciproque dont il s'agit, et pour résoudre la question de savoir si l'un des conjoints est en droit de demander à l'autre une pension alimentaire, distinguer entre le cas où la cessation de la vie commune est la suite d'une convention intervenue entre eux, ou provient du fait de l'un deux seulement.

Au premier cas, aucun des époux ne peut réclamer de son conjoint une pension alimentaire [5]. Que si, en se séparant conventionnellement, l'un des époux s'était engagé à servir à l'autre une pareille pension, cet engagement devrait sans doute recevoir son exécution pour le passé, dans la mesure du temps pendant lequel les époux sont restés séparés [6]; mais il ne serait pas obligatoire pour l'avenir, en ce que celui qui l'a souscrit pourrait toujours en refuser l'accomplissement ultérieur, en offrant de rétablir la vie commune [7].

d'une manière plus rigoureuse quant à la femme, que relativement au mari. Cpr. Code pénal, art. 336 à 339. [Avant la loi du 27 juillet 1884, il y avait encore, entre l'adultère de la femme et celui du mari, une autre différence au point de vue civil. Cpr. art. 229 et 230 anciens cbn. 306.]

[3] Voy. art. 1401 et 1409, n° 5; 1448, 1537, 1540, 1549 et 1573. [Nancy, 6 juillet 1895, Sir., 1897, 2, 45.]

[4] Voy. pour le cas de séparation de corps : § [485 (494⁴)], texte n° 1.

[5] Grenoble, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 627.

[6] Req. rej., 12 janvier 1808, Sir., 8, 1, 145. Req. rej., 28 décembre 1830, Sir., 31, 1, 11.

[7] Art. 307 *in fine*, et arg. de cet article. Cpr. Nîmes, 9 mai 1860, Sir., 60, 2, 577.

Au second cas, l'époux qui, après s'être séparé de son conjoint, refuse de le rejoindre et de le recevoir, est tenu de lui fournir, s'il y a lieu, une pension alimentaire proportionnée à ses besoins et à ses propres facultés [8].

Mais il n'est pas, à l'inverse, en droit d'en réclamer une de son conjoint, à supposer que ce dernier ne mette, de son côté, aucun obstacle au rétablissement de la vie commune [9]. Il en serait ainsi, en principe, alors même que celui des époux par le fait duquel la séparation s'est opérée prétendrait que la vie commune présente pour sa personne de graves inconvénients [10], sauf à lui à former, le cas échéant, une demande en séparation de corps, et à réclamer, pendant l'instance, une provision alimentaire, et, après la séparation prononcée, la pension alimentaire à laquelle il peut avoir droit, eu égard à ses besoins et aux facultés de son conjoint [11].

La rigueur des principes qui viennent d'être exposés pourrait cependant être tempérée en faveur de la femme

[8] Duranton, II, 434. Demolombe, IV, 110. Lyon, 30 novembre 1811, Sir., 12, 2, 63. Douai, 2 juin 1852, Sir., 53, 2, 215. — La femme d'un pensionnaire de l'État, envers laquelle son mari ne remplit pas les obligations qui lui sont imposées par l'art. 214, peut saisir, et même faire retenir administrativement, le tiers de la pension, militaire ou civile de ce dernier. Avis du Conseil d'État des 22 décembre 1807-11 janvier 1808. Loi du 11 avril 1831, art. 28. Loi du 18 avril 1831, art. 30, cbn. Loi du 19 mai 1834, art. 20. Loi du 9 juin 1853, art. 26.

[9] [Cass., 11 décembre 1888, Sir., 1891, 1, 466.] Voy. cep. Paris, 29 août 1857, Sir., 57, 2, 768. Cet arrêt décide que la femme qui a volontairement quitté le domicile conjugal, pour se livrer à l'inconduite, ne peut réclamer une pension alimentaire de son mari, alors même que ce dernier refuserait de la recevoir. Les circonstances du fait paraissent avoir exercé une grande influence sur cette décision qui, en dispensant tout à la fois le mari et de recevoir sa femme et de lui payer une pension alimentaire, a violé, à notre avis, la disposition de l'art. 214.

[10] Cpr. Montpellier, 4 mai 1847, Sir., 47, 2, 418. Voy. cep. Bordeaux, 3 février 1853, Sir., 53, 2, 260. Suivant cet arrêt, le mari qui a quitté sa femme avec laquelle il prétend ne pouvoir habiter sans inconvénient, serait en droit d'exiger d'elle une pension alimentaire. Cette décision nous paraît aussi peu juridique que celle dont il a été question dans la note précédente.

[11] Voy. § [484 (493⁴)], texte n° 2, § [485 (494⁴)], texte n° 1.

qui, s'étant séparée de son mari, refuserait de le rejoindre, par le motif qu'il ne lui offrirait pas un logement convenable à sa position, et garantissant, d'une manière suffisante, sa sécurité et sa dignité. En pareil cas, le mari pourrait être condamné à payer à la femme une pension alimentaire, aussi longtemps du moins qu'il ne se mettrait pas sérieusement en mesure de remplir à son égard le devoir que lui impose la disposition finale de l'art. 214 [12].

L'obligation alimentaire dont les époux sont tenus l'un envers l'autre prime, même après séparation de corps, celle à laquelle les enfants sont soumis vis-à-vis de leurs parents [13].

[Dans la mesure où l'obligation alimentaire de chacun des époux envers l'autre doit recevoir son exécution en cas de séparation de fait, suivant les distinctions qui ont été présentées ci-dessus, et pour le cas où elle n'a pas été exécutée par l'époux débiteur envers l'époux créancier, l'époux débiteur est tenu envers les tiers qui ont pourvu aux besoins de l'époux créancier, sur la demande de celui-ci [13 bis].]

[12] Voy. les autorités citées à la note 10 du § 471.

[13] Demolombe, IV, 34. Rouen, 3 mai 1857, Sir., 58, 2, 377.

[[13] *bis*. Cette difficulté se présente, le plus ordinairement, dans les rapports du mari et des tiers qui ont fourni à la femme, après séparation amiable ou désertion par elle du domicile conjugal, les choses nécessaires à ses besoins. Si les époux sont mariés sous un régime quelconque de communauté (cpr. § 522, texte et note 25) la femme est considérée comme ayant reçu du mari mandat à l'effet de l'obliger dans la mesure des besoins du ménage et par conséquent dans la mesure des siens propres, en tant qu'ils sont compris dans ceux-là. Cpr. § 509, texte et note 50. Ce mandat survit à la séparation de fait qui s'est produite entre eux, soit qu'il s'agisse d'une séparation amiable, soit qu'il s'agisse de l'hypothèse où la femme a déserté le domicile conjugal et a eu de légitimes raisons de le faire. Voy. § 509, note 51. Le mari, en pareil cas, se trouve donc obligé envers les tiers, du chef de la femme, même séparée, qui peut l'obliger sans s'obliger elle-même. Sans doute, ce mandat est révoqué par l'allocation d'une pension alimentaire à la femme. (Voy. § 509, note 53.) Mais il ne l'est utilement que si le service de la pension est régulièrement fait par le mari. Dans le cas contraire, il reparaît au profit de la femme, et le mari se trouve obligé envers les tiers comme il a été dit plus haut. Cpr. Cass., 11 janvier 1874.

[§ 470 *bis*].

[Des droits et des devoirs communs aux deux époux (suite). De la saisie-arrêt entre époux, établie par la loi du 13 juillet 1907.]

[L'obligation pour chacun des époux de contribuer aux dépenses du ménage, telle qu'elle a été définie au § 470, est

Sir., 1874, I, 305. Nous ne saurions admettre qu'on le considère comme tenu, par application de l'art. 1166, en qualité de débiteur de la femme, débitrice elle-même du tiers chez qui elle s'est retirée. Voy. cep. en ce sens : Paris, 11 mai 1874, Sir., 1874, 2, 169. Le moindre défaut de cette doctrine est de supposer que la femme est tenue envers ce tiers qui ne deviendrait ainsi qu'indirectement créancier du mari; l'incapacité dont elle est frappée lui interdit de s'obliger personnellement, et elle n'a d'ailleurs contracté les dettes nécessaires à ses besoins qu'en qualité de femme mariée, c'est-à-dire en conséquence du mandat dont nous la considérons comme investie, même en cas de séparation de fait. — La vraie difficulté ne commence que si l'on suppose que la femme, d'ailleurs mariée sous un régime quelconque de communauté, a déserté le domicile conjugal, contre le gré du mari, sans motifs légitimes, ni allocation d'aucune sorte. Le mandat domestique, qui lui permet, en général, d'obliger son mari sans s'obliger personnellement, a disparu dans les conditions dont nous parlons au § 509, notes 56 et 57. Mais l'obligation alimentaire du mari subsiste, et cela suffit à notre avis pour que, dans certains cas, le mari se trouve obligé envers les tiers qui auront fourni à la femme les choses nécessaires à ses besoins. Nous pensons, avec la Cour de Cassation, 11 janvier 1874, précité, et avec la cour de Besançon, statuant sur le renvoi du précédent arrêt (15 juillet 1874, Sir. 1875, 2, 9. — Cpr. Dijon (mêmes parties), 11 juillet 1872, Sir., 1873, 2, 104) que l'obligation du mari envers les tiers est fondée sur la *versio in rem*. Cpr. § 509, note 58. Nous regrettons seulement que la Cour de Besançon ait songé, en même temps, à considérer ces tiers comme gérants d'affaires du mari, d'abord parce que la notion de gestion d'affaires et la notion de *versio in rem* sont fort différentes l'une de l'autre, ensuite parce qu'il n'y a gestion d'affaires, en général, qu'autant que le tiers qui s'est immiscé aux affaires d'autrui l'a fait dans l'intérêt du maître (Cpr. § 441, note 15), ce qui n'est certainement pas le cas dans les hypothèses sur lesquelles nous raisonnons, et plus particulièrement dans certaines d'entre elles (Voy. Paris, 5 avril 1875, Sir., 1875, 2, 299), enfin parce que la gestion d'affaires ne saurait se produire lorsqu'il est fait

sanctionnée, au profit de celui qui s'acquitte de cette obligation[1], par le droit de saisir-arrêter et de percevoir, des

défense au tiers qui s'est immiscé aux affaires d'autrui, de continuer sa gestion, et que le mari, en signifiant au tiers chez qui la femme s'est retirée qu'il entend se soustraire à toute obligation de ce chef, adresse précisément cette défense au tiers intéressé. Cpr. § 449, note 19. Sur tous ces points, la notion et les conséquences de la *versio in rem* sont toutes différentes. — Nous ajouterons que certains arrêts (Paris, 11 mai 1874, précité, Poitiers, 23 décembre 1889, Dall., 1890, 2, 360), indépendamment de la *versio in rem* dont il vient d'être parlé en ce qui concerne le mari, admettent en outre que la femme s'oblige personnellement envers les tiers par les contrats qu'elle fait avec eux dans la limite de ses besoins. Ce point de vue ne nous paraît pas exact. En tout cas, une obligation de ce genre serait annulable conformément à l'art. 217. Quant à considérer la femme elle-même comme tenue *de in rem verso*, voy. § 509, texte et note 58. — Nous n'avons eu en vue, jusqu'à présent, que la femme commune en biens, sous un régime d'ailleurs quelconque de communauté. Les mêmes questions sont de nature à se présenter sous l'empire des autres régimes matrimoniaux, puisque l'obligation de l'art. 212 pèse sur le mari sous tous les régimes. Pour les personnes qui limiteraient l'application du mandat domestique du mari à la femme au cas où il y a communauté entre eux, la question du recours des tiers contre le mari, à raison des fournitures par eux faites à la femme séparée, dans les conditions et sous le bénéfice des distinctions ci-dessus formulées, se résoudrait nécessairement comme nous venons de la résoudre dans le cas où, même entre époux communs, le mandat domestique disparaît, c'est-à-dire en faisant appel à la notion de *versio in rem*. Pour les personnes qui étendent le mandat domestique du mari à la femme à tous les régimes, la solution est encore plus simple. Il suffit en effet d'étendre à tous les régimes ce qui a été dit plus haut du régime de communauté. — Personnellement, je suis de cet avis. E. B. — Voy. sur tous ces points, Binet, *La femme dans le ménage*, Paris, 1904, p. 45 et suiv., p. 113 et suiv.]

[[1] La première condition de la possibilité de la saisie-arrêt des art. 7 et suiv. de la loi du 13 juillet 1907 nous paraît être que le conjoint qui prend l'initiative de cette saisie remplisse lui-même les obligations qu'il reproche à son conjoint de ne pas remplir. Les gains et salaires de chacun des époux sont grevés, par la loi du 13 juillet 1907, d'une affectation ménagère dont nous tirerons d'autres conséquences dans les notes suivantes, et cette affectation suppose évidemment que celui des conjoints qui entend contraindre l'autre à la respecter, présente lui-même la garantie qu'il la respectera. C'est là le point de vue du fond. Nous n'irions d'ailleurs pas, au point de vue de la preuve, jusqu'à exiger que

tiers qui les doivent à ce titre[2], et sans qu'ils aient été

le conjoint saisissant fît lui-même la preuve qu'il remplit ses obligations de ce chef. Mais le conjoint saisi pourrait soulever l'exception que nous indiquons, et se prévaloir, pour échapper à la saisie-arrêt, de l'inconduite de son conjoint, dans la mesure où cette inconduite est de nature à faire craindre que les sommes saisies-arrêtées conformément à la loi du 13 juillet 1907 ne soient détournées, par le saisissant lui-même, de leur affectation ménagère.]

[[2] La loi du 13 juillet 1907 s'appliquera facilement, à ce point de vue, tant que les gains et salaires de l'époux saisi seront encore dans les mains du débiteur de ces gains et salaires, ou dans les mains de son représentant. Mais nous ne pensons pas qu'on puisse en étendre les dispositions au cas où ces gains et salaires auront été versés, avant la saisie, au nom et pour le compte du conjoint que la saisie va frapper, dans les mains d'un tiers, antérieurement autorisé par ce conjoint à les recevoir, et qui en est encore débiteur à la date de la saisie. Le cas le plus simple est celui où il y aurait, antérieurement à la saisie, entre ce tiers et le conjoint saisi, un compte courant, même non commercial, dans l'actif duquel les gains et salaires, déjà versés au compte du conjoint saisi, auraient perdu leur individualité et ne figureraient plus que comme des éléments anonymes de cet actif. Dans ce cas, la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907 nous paraît sûrement inapplicable, puisqu'elle suppose l'affectation ménagère des sommes qu'elle frappe, qu'elle suppose, par conséquent, que le titre en vertu duquel ces sommes sont dues au conjoint saisi implique cette affectation ménagère et s'accorde avec elle, alors, au contraire, que l'individuabilité d'origine de ces sommes a disparu, par le fait seul qu'elles ont été passées en compte courant. La solution de l'hypothèse du compte courant ne nous paraît donc pas douteuse. Mais nous raisonnerions de même dans le cas où les gains et salaires auraient été versés dans les mains d'un tiers, d'ailleurs autorisé à cet effet, sans qu'il y eût, entre ce tiers et le conjoint saisi, un compte courant proprement dit. Ce tiers, en effet, a reçu, au nom et pour le compte du conjoint saisi, un véritable paiement. Les sommes qu'il a en mains et dont il reste débiteur envers le conjoint saisi ne sont plus des gains et salaires. Ce qui nous confirme dans cette manière de voir, c'est que nous pensons que la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 frappe les gains et salaires du conjoint saisi de telle sorte que le conjoint saisissant est préféré, à cause de l'affectation ménagère des gains et salaires, aux créanciers, d'ailleurs quelconques, du conjoint saisi, qui auraient déjà fait ou qui feraient saisie-arrêt sur ces gains et salaires dans les conditions du droit commun. Cpr. note 13 *infrà*. Il nous paraîtrait dangereux d'appliquer ce privilège exorbitant du conjoint saisissant en dehors de l'hypothèse

capitalisés[3], les salaires et produits du travail de l'autre, à concurrence de la somme pour laquelle celui-ci doit

précise en vue de laquelle il a été fait, et comme nous pensons que toutes les dispositions de la loi du 13 juillet 1907 se tiennent, la procédure qu'elle organise nous paraît inapplicable au cas où il est devenu impossible de saisir les gains et salaires du conjoint défendeur, en leur qualité de gains et salaires, avec affectation privilégiée au profit du conjoint saisissant. On pourrait seulement se demander si le conjoint qui ne peut pas saisir-arrêter les gains et salaires de l'autre, dans les termes de la loi du 13 juillet 1907, lorsque ces gains et salaires ont été régulièrement déposés aux mains d'un tiers, ne pourrait pas recourir, à tout le moins, dans ce cas, à la saisie-arrêt de droit commun, dont la procédure est moins rapide, et qui ne lui assurerait d'ailleurs, à l'encontre des autres créanciers du conjoint saisi, aucune préférence du genre de celle que nous venons d'admettre. Nous ne le croyons pas. Les deux saisies-arrêts, celle du Code de procédure civile et celle de la loi du 13 juillet 1907 n'ont guère de commun que le nom, et l'innovation de la loi du 13 juillet 1907 constitue une modification trop grave de la législation antérieure sur la contribution des époux aux charges du ménage, pour que l'on puisse supposer que le législateur de 1907, en organisant cette saisie-arrêt spéciale, ait entendu, par là même, consacrer implicitement le principe général de la possibilité d'une saisie-arrêt entre époux, afin de subvenir aux dépenses du ménage, de telle sorte que la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907 pût être considérée comme l'application simplifiée de ce principe, et que la saisie-arrêt de droit commun pût, dès lors, naturellement intervenir dans les hypothèses dans lesquelles la saisie-arrêt spéciale ne saurait être utilisée.]

[[3] Ce membre de phrase de notre texte ne vise pas, dans notre pensée, l'hypothèse de la capitalisation, par le conjoint saisi, des salaires et produits de son travail sous la forme d'achats de valeurs ou sous la forme de versements à un compte de banque, et plus généralement, à un compte de dépôt quelconque. Nous nous sommes suffisamment expliqué sur cette dernière hypothèse à la note 2 *suprà*. Les raisons que nous avons données dans cette note s'appliquent *a fortiori* à la première hypothèse (achats de valeurs) et nous dispensent d'insister. Par conséquent, dans la mesure où les économies réalisées par le conjoint saisi sur ses salaires ou sur les produits de son travail seraient représentées par des valeurs ou par le solde actif d'un compte de dépôt, nous écartons complètement l'application de la loi du 13 juillet 1907. Mais nous allons plus loin encore : nous écartons l'application de la loi du 13 juillet 1907 même dans le cas où les salaires et produits du travail du conjoint ont été capitalisés par les soins et dans les mains du patron qui en était et qui en reste, à un titre nouveau, le débiteur, par exemple

contribuer aux frais du ménage[4]. Loi du 13 juillet 1907, art. 7.

aux termes d'un contrat de louage de services dans lequel la participation de l'employé aux bénéfices est accompagnée de l'obligation pour lui de laisser. à concurrence d'une certaine somme, ces bénéfices dans le fonds de roulement de la maison de commerce à laquelle il appartient. La caractéristique de la capitalisation apparaît alors dans la productivité d'intérêts des sommes ainsi obligatoirement ou librement laissées par l'employé dans le fonds de roulement de la maison. Dans notre pensée, la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 ne pourrait même pas s'appliquer, dès qu'elles auraient été capitalisées aux termes de son contrat, aux sommes que l'employé aurait la faculté de retirer aux termes dudit contrat. Dès qu'il y a capitalisation, la qualification juridique résultant de l'origine des sommes dues disparaît. La capitalisation implique une disposition antérieure et une disponibilité future des sommes qu'elle a eues pour objet qui nous paraissent s'opposer, tant vis-à-vis du conjoint saisi que vis-à-vis des tiers, à l'application de la loi du 13 juillet 1907. D'ailleurs, indépendamment des raisons de principe que nous venons d'invoquer en ce sens, qui sont les mêmes que celles que nous faisons valoir, dans le même ordre d'idées, aux notes 12 et 13, et qui se rattachent essentiellement à l'idée que nous nous faisons de la préférence réservée à la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 sur toutes les saisies-arrêts de droit commun qui ont pu frapper les salaires et produits du travail du conjoint, nous ferons observer que le texte même de l'art. 7 de la loi du 13 juillet 1907 nous fournit un dernier argument. Cet art. 7 ne parle expressément, à propos de la saisie-arrêt qu'il organise, que des salaires et produits du travail. Au contraire, l'art. 1 de la même loi du 13 juillet 1907, qui donne la composition du patrimoine réservé de la femme, dans lequel devaient figurer, pour le législateur de 1907, non seulement les salaires de la femme et les produits de son travail, mais encore les économies par elle réalisées de ce chef, nomme expressément et distinctement les salaires et produits du travail, et les économies qui en proviennent. Le silence de l'art. 7 sur les économies, en matière de saisie-arrêt entre époux, nous paraît d'autant plus intentionnel et significatif.]

[[4] Il est bien entendu que la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 peut s'exercer sur la totalité des salaires et produits du travail du conjoint saisi, bien qu'il ne soit tenu de contribuer aux frais du ménage que dans une certaine proportion, et non pour la totalité de ses ressources, le conjoint saisissant devant naturellement fournir le reste. Il suffit pour cela de supposer que le conjoint saisi a des biens personnels, dont les revenus, venant s'ajouter à ses salaires ou aux produits de son travail, représentent la totalité de ses ressources réelles et augmentent, par conséquent, la proportion

Nous entendons par salaires et produits du travail, au sens de la loi du 13 juillet 1907, les créances de toute nature, échues ou à échoir, provenant exclusivement du travail, postérieur au mariage, du conjoint saisi[5]. Nous

dans laquelle il doit contribuer aux frais du ménage. La saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 ne peut frapper que les salaires et produits du travail, mais elle peut les frapper pour une somme égale à celle que représente la part contributive du conjoint saisi dans les dépenses du ménage; et cette part contributive est déterminée par le juge de paix par référence à la totalité des ressources réelles du conjoint récalcitrant. « La masse de calcul, dit très bien M. Henri Lalou, et la masse d'exécution, ne se confondent pas. » (Note dans Dalloz, 1910, 2, 281, *in fine*.)]

[[5] De graves difficultés s'élèveront certainement sur la définition des salaires et produits du travail que peut frapper la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907. Nous partons de cette idée que l'affectation ménagère que la loi du 13 juillet 1907 leur a donnée, en y attachant les conséquences énergiques que nous défendons aux notes 12 et 13 *infrà*, ne peut se justifier que parce que l'activité économique du conjoint saisi, d'où proviennent ces créances de gains et salaires, est la ressource, ordinairement indéfectible, sur laquelle le ménage peut compter journellement, avant de compter sur rien autre : qu'il y a, dès lors, une correspondance dans le temps entre l'exercice de cette activité économique, entre les créances auxquelles elle donne naissance au profit du conjoint qui travaille, d'une part, et les dépenses courantes du ménage, d'autre part. C'est pour cela que nous exigeons au texte qu'il s'agisse d'un travail postérieur au mariage. C'est une condition qui nous paraît fondamentale. — De cette notion complexe de l'affectation ménagère des produits du travail de chaque époux, résultent pratiquement, pour nous, les conséquences suivantes, indépendamment de celles qui seront indiquées aux notes 6 et 7 *infrà*. 1° Pour l'employé d'une maison de commerce ou d'industrie qui serait intéressé aux bénéfices de cette maison, nous ne considérerions comme des salaires ou produits du travail, au sens de la loi du 13 juillet 1907, indépendamment de son émolument fixe, bien entendu, que la part de bénéfice qui ne correspondrait pas aux fruits civils d'un capital qu'il y aurait librement apporté, ou même qu'il aurait été obligé d'y apporter, pour y acquérir ou pour y consolider sa situation. 2° Pour l'auteur, l'artiste, ou l'inventeur, bref, pour le conjoint bénéficiaire d'un monopole d'exploitation de l'œuvre littéraire, artistique ou industrielle qu'il a créée, nous ne considérerions comme des produits de son travail, au sens de la loi du 13 juillet 1907, que les droits d'auteur ou bénéfices d'exploitation à lui servis ou par lui réalisés qui correspondraient à un monopole né à son profit depuis le mariage, c'est-à-dire, généralement, mais non pas

y comprenons la pension de retraite [6] et la rente ser-

nécessairement, à une œuvre littéraire, artistique ou industrielle postérieure au mariage. Tout monopole antérieur, né ou constitué à son profit représente un capital dont les fruits civils ne sauraient être considérés comme des produits de son travail, grevés d'affectation ménagère, au sens étroit où nous croyons qu'il faut prendre ces différentes expressions. 3° Nous dirions la même chose d'une clientèle, en cas de cession.]

[[6] Dans l'hypothèse très délicate d'une pension de retraite, nous ne songerions pas à distinguer, comme on a proposé de le faire (Lalou, n° 84), entre le cas où la retraite a été constituée, au moins pour partie. par des versements du conjoint titulaire lorsqu'il était en activité de service, et le cas où la retraite est servie à l'ouvrier et à l'employé par le patron qui n'a point exigé d'eux de versements, même complémentaires du sien. Dans l'un et l'autre cas, la pension n'est servie au retraité que parce que son travail a contribué, directement ou indirectement, à la constitution du capital qui permet de la lui servir. soit que ce capital ait été constitué par ses propres versements, soit qu'il ait été constitué par ceux de son patron. Mais on peut se demander s'il ne faudrait pas songer à une distinction toute différente, entre le cas où l'origine du droit éventuel à la pension remonterait à une époque antérieure au mariage, et le cas où cette origine serait postérieure au mariage. La pension de retraite résultant du travail du retraité, quel que soit d'ailleurs le mode de constitution du capital nécessaire pour qu'elle soit servie, il ne paraît pas douteux qu'on puisse, dans la seconde hypothèse, l'assimiler à un produit du travail, puisqu'elle provient exclusivement de l'exercice d'une activité économique postérieure au mariage et par conséquent affectée à l'exécution des obligations qu'il engendre. Sans doute, nous n'admettons pas, en général, qu'on puisse considérer les économies faites sur les salaires et produits du travail comme participant de la nature juridique de ces salaires et produits du travail, au sens de la loi du 13 juillet 1907 (cpr. notes 2 et 3 *suprà*), et il semble bien que la constitution, même postérieurement au mariage, du capital nécessaire au service de la rente soit, de tous points, assimilable à la réalisation d'économies sur les salaires et produits du travail. Nous ne le croyons pas. Les économies faites sur les salaires et produits du travail perdent leur nature de salaires et produits du travail parce qu'elles constituent un capital susceptible d'un emploi quelconque, dépourvu, tout au moins si l'on tient compte des conditions de sa formation, de toute affectation spéciale. Il est clair qu'il en est tout autrement, au moins en général, de la constitution du capital nécessaire au service d'une pension de retraite. Les conditions de sa formation lui imposent une destination précise, qui a justement le même caractère que l'affectation des salaires et produits du travail qui contri-

vie au conjoint en conséquence d'un accident du travail dont il aurait été victime[7].

buent à le former. Nous laissons d'ailleurs intentionnellement de côté les objections que pourraient soulever contre cette manière de voir et contre cette analyse, les clauses de rachat de la police et la clause de participation aux bénéfices consenties au conjoint par la Compagnie d'assurances à laquelle il s'est adressé pour se constituer une pension de retraite. Nous laissons pareillement de côté les modifications que les clauses de ce genre seraient de nature à apporter à l'expression de notre opinion sur l'affectation ménagère des pensions de retraite constituées par des versements postérieurs au mariage. Nous considérons comme bien plus délicate, au point de vue sous lequel nous raisonnons, l'hypothèse où l'origine du droit éventuel à la pension de retraite se place à une date antérieure au mariage. Dans ce cas, en effet, la pension de retraite provient, au moins en partie, d'un travail antérieur à la constitution du ménage aux dépenses duquel l'activité économique du conjoint retraité n'a pu être affectée que plus tard. Nous pensons cependant que, même dans ce cas, la pension de retraite est soumise au régime de saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907. A supposer qu'on puisse considérer les versements de l'ouvrier ou de l'employé et les versements du patron comme des économies sur les salaires et produits du travail du premier ou du second, il est hors de doute, en tout cas, que ces économies ont été, non pas seulement du jour où elles ont été réellement faites, mais du jour où il a été tacitement ou expressément convenu qu'elles seraient régulièrement faites, intentionnellement affectées à la satisfaction future des mêmes besoins auxquels les salaires et produits du travail sont eux-mêmes destinés à pourvoir, de telle sorte que ces économies, régulièrement et intentionnellement accumulées en vue d'une fin déterminée, conservent la nature juridique des créances de salaires et produits du travail dont elles ont été détachées, et subissent dès lors l'application de toutes les règles faites pour les salaires et produits du travail, notamment, pendant le mariage l'application de celles de la loi du 13 juillet 1907.]

[[7] L'hypothèse d'une rente servie au conjoint saisi par la personne ou du chef de la personne responsable de l'accident dont ce conjoint aurait été victime est plus délicate encore que celle d'une pension de retraite. Nous ne mettons pas en doute que s'il s'agit d'une rente servie à ce conjoint par application de la loi du 9 avril 1898 ou des lois quelconques qui en ont étendu ou qui en étendront le système à des relations juridiques que le législateur de 1898 ne visait pas (Cpr. § 372 *bis*), la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 ne soit possible. Nous raisonnons pour les versements au moyen desquels les rentes de ce genre sont *obligatoirement* constituées, comme nous avons raisonné pour les versements constitutifs d'une pension de retraite. L'objection tirée de l'insaisissabilité

Les salaires et produits du travail de chaque époux peuvent être frappés de la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907, même à supposer qu'ils soient, de droit commun, insaisissables[8].

de ces rentes (loi du 9 avril 1898, art. 3) nous paraît d'ailleurs négligeable. Cpr. note 8 *infrà*. Nous admettons encore la même solution pour le cas d'une rente servie au conjoint dans les conditions de la loi du 18 juillet 1907, relative à l'extension *volontaire* de l'assujettissement de l'employeur et de l'employé à la législation sur les accidents du travail. Nous raisonnerions encore de même dans le cas d'une rente servie, dans les mêmes conditions, par l'assureur avec lequel l'employeur aurait *librement* traité, dans l'intérêt de ses ouvriers, sans être, en quoi que ce soit, soumis à la responsabilité spéciale des accidents du travail, même au sens et dans les termes de la loi du 18 juillet 1907. Ici encore, les primes que le patron a payées ou continue à payer pour d'autres ouvriers nous apparaissent comme des *suppléments de salaires*, volontairement ajoutés par lui à ce qu'il doit réellement à ses ouvriers. — Reste enfin le cas d'une rente servie au conjoint par l'employeur en conséquence de la responsabilité de droit commun de l'art. 1382, en dehors de toute intervention quelconque de la notion du risque professionnel. Même dans ce cas, nous pencherions vers l'application de la loi du 13 juillet 1907, parce que, aussi bien dans l'hypothèse de la faute de l'employeur que dans celle du risque professionnel, la rente servie au conjoint victime de l'accident lui tient lieu de la part d'activité économique dont cet accident l'a privé, parce qu'en outre, la notion du risque professionnel, entraînant l'application de la loi du 13 juillet 1907, peut, à certains égards, être considérée comme dérivée de la notion, d'ailleurs artificiellement élargie par la loi, de la faute de l'employeur (Cpr. § 372 *bis*, note 14) et qu'il suit de là que l'application de la loi du 13 juillet 1907 peut accompagner la responsabilité née de la faute, comme elle accompagne la responsabilité fondée sur l'idée de risque, parce qu'enfin, l'objection tirée de ce que l'employeur responsable par application des art. 1382 et suiv., peut être condamné à payer un capital au lieu d'une rente, que l'application de la loi du 13 juillet 1907 ne pourrait alors avoir lieu comme dans le cas de constitution de rente, et que, cependant, son application ne saurait, en principe, varier d'une hypothèse à l'autre, ne nous paraît pas insurmontable. Cpr. loi du 9 avril 1898, art. 9].

[[8] Cela paraît tout à fait évident pour l'insaisissabilité des salaires et petits traitements établie par la loi du 12 janvier 1895, non seulement parce que le rapporteur de la loi du 13 juillet 1907 à la Chambre des députés a expressément prévu la combinaison, c'est-à-dire l'application concurrente de ces deux lois (Lalou. n° 94 *in fine*), mais encore parce que l'art. 3 de la loi du 12 janvier 1895 maintient la pleine saisis-

La compétence *ratione materiæ* du juge de paix, statuant en premier ressort, fondée tout à la fois sur le carac-

sabilité des salaires et petits traitements pour toute saisie-arrêt correspondant aux dettes alimentaires et notamment à celle de l'art. 214, qui, sans se confondre absolument avec celle que sanctionne la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907, n'en est manifestement que l'une des applications. La solution donnée au texte nous paraît donc s'imposer pour l'insaisissabilité de la loi du 12 janvier 1895, mais nous n'hésitons pas à la généraliser à toutes les valeurs insaisissables, quelles qu'elles soient, auxquelles leur origine permet d'appliquer la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907, c'est-à-dire au traitement des fonctionnaires et employés civils soumis à l'insaisissabilité de la loi du 21 ventôse an IX, au traitement des officiers et fonctionnaires militaires soumis à l'insaisissabilité de l'art. 451 de l'ordonnance du 25 décembre 1837, et de l'art. 166 du décret du 19 octobre 1851, aux pensions civiles et militaires soumises à l'insaisissabilité de l'art. 26 de la loi du 9 juin 1853, aux pensions de retraite constituées dans les conditions prévues à la note 6 avec stipulation d'insaisissabilité, enfin aux rentes servies à la victime d'un accident du travail soumis à la loi du 9 avril 1898, et que l'art. 3 de la dite loi déclare insaisissables. La raison de principe de cette généralisation est que l'insaisissabilité des salaires et produits du travail, ou de ce qui en dérive, répond précisément à la même idée que la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907. La saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 répond à l'idée que les salaires et produits du travail de chaque époux sont *d'abord* affectés à l'entretien et aux dépenses du ménage, et c'est pour cela qu'elle *prime* toutes les saisies-arrêts de droit commun pratiquées par des créanciers quelconques des époux. Cpr. note 11 *infrà*. L'insaisissabilité des salaires et produits du travail, tant celle de la loi du 12 janvier 1895 que celle des différents textes que nous avons rappelés plus haut, et que celle des pensions de retraite ou des rentes servies aux ouvriers accidentés, répond aussi à l'idée quel les salaires et produits du travail de chaque époux sont *essentiellement* affectés à l'entretien et aux dépenses du ménage, et c'est pour cela qu'elle *écarte* toutes les saisies-arrêts de droit commun pratiquées par des créanciers quelconques des époux. L'insaisissabilité, sous ses différentes formes, est l'expression, de signe négatif, du même principe d'affectation dont la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 est l'expression nouvelle, de signe positif. Cela est tellement vrai que la jurisprudence antérieure à 1895, dont les innovations réfléchies et même systématiques ont préparé l'établissement du régime légal d'insaisissabilité des salaires et petits traitements, n'avait pu arriver à garantir à ce genre de ressources l'insaisissabilité de fait dont certaines de ses décisions témoignent qu'en la fondant sur la nécessité de reserver ces ressources à l'entretien de la famille du

tère des sommes saisies-arrêtées et sur le caractère de la saisie-arrêt, quant à son but, qui est de sanctionner l'obli-

saisi. (Ch. Falcimaigne, *Notice sur la loi du 12 janvier 1895*, dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, 1896, p. 38). L'insaisissabilité ne saurait donc, en aucun cas, constituer un obstacle à la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 qui a précisément le même but et le même principe qu'elle. Nous ajouterons enfin que la loi du 13 juillet 1907 elle-même, envisagée dans l'ensemble de ses dispositions, peut être invoquée dans le même sens. La première partie de cette loi, art. 1 à 6, a pour objet d'organiser le régime des biens réservés de la femme, et il est formellement indiqué, dans l'art. 2, que cette organisation répond à l'intérêt du ménage. L'art. 3 en tire cette conséquence, que ces biens, quoiqu'ils fassent partie de la communauté, aux termes de l'art. 5, sont soustraits aux poursuites des créanciers du mari. C'est là, manifestement, une sorte d'insaisissabilité fondée sur l'affectation des biens réservés de la femme à certaines dépenses, qui ne sont pas nécessairement des dépenses de ménage, puisque l'art. 3 permet la saisie de ces biens par des créanciers quelconques de la femme, mais qui, le plus souvent, seront des dépenses de ménage, puisque, aux termes de l'art. 2, les pouvoirs conférés à la femme sur ces biens le sont dans l'intérêt du ménage, et que le retrait peut en être prononcé par autorité de justice, si la femme détourne ces biens de leur destination, par exemple si elle s'oblige sur eux au delà de ce que permettent les intérêts du ménage, largement entendus. L'art. 3 va plus loin encore : il permet exceptionnellement aux créanciers du mari de saisir les biens réservés, quand ces créanciers ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage. Voilà donc, tant pour les créanciers du mari, lorsqu'ils le sont devenus dans l'intérêt du ménage, que pour les créanciers de la femme, qui, le plus ordinairement, le sont devenus de la sorte, la possibilité de la saisie, malgré l'insaisissabilité. C'est qu'il s'agit d'une saisie qui répond aux mêmes fins auxquelles, vis-à-vis d'autres personnes, l'insaisissabilité répond. Mais si tel est le régime des biens réservés, dans la première partie de la loi du 13 juillet 1907, si l'insaisissabilité s'y combine avec la possibilité de la saisie, il serait bien singulier qu'il en fût autrement, dans la seconde partie de la loi, art. 7 à 10, et que l'insaisissabilité des salaires et produits du travail, en tant qu'elle résulte de textes différents, qui répondent d'ailleurs aux mêmes idées auxquelles répond l'insaisissabilité des biens réservés organisée par l'art. 3 de la loi du 13 juillet 1907, fît obstacle à la saisie-arrêt entre époux, qui répond aux mêmes idées que le droit de poursuite des créanciers, tant du mari que de la femme, qui le sont devenus pour les besoins du ménage. Ce serait d'autant plus singulier que les biens réservés de la femme sont de même nature et de même origine que les créances

gation du conjoint saisi de contribuer aux dépenses du ménage, est d'ailleurs indépendante des dispositions de droit commun de la loi organique du 6 juillet 1905, sur les justices de paix[9].

Cette saisie-arrêt spéciale est autorisée par le juge de paix du domicile du mari au jour de la demande[10] devant lequel les deux conjoints doivent comparaître en personne sauf empêchement absolu et dûment justifié par celui des conjoints qui l'invoque[11], sur un avertissement du greffier de la justice de paix adressé au défendeur par lettre recommandée. Loi du 13 juillet 1907, art. 8.

La signification du jugement, faite au conjoint défendeur et au tiers débiteur, vaut attribution au demandeur des sommes saisies-arrêtées, par préférence à tous autres créanciers, même privilégiés[12], nonobstant toute saisie-arrêt antérieure[13] à moins qu'elle ne fût déjà vali-

que peut atteindre la saisie-arrêt entre époux. Dans les deux cas, il s'agit de salaires et produits du travail, de la femme seulement, avec les économies qui en proviennent, dans le premier cas, des deux époux, mais sans les économies qui en proviennent, dans le second.]

[9 Voy. en ce sens Lalou, n° 87. Tissier, note au Sirey, sous le jugement du tribunal civil de Châlons-sur-Marne, du 19 mars 1909, Sir. 1910, 2, 321. Voy. en sens contraire Tribunal civil de Châlons-sur-Marne, précité.]

[10 Nous appliquons ici le droit commun des demandes en justice, et notamment de la demande en validité de la saisie-arrêt de droit commun.]

[11 Même observation qu'à la note précédente.]

[12 Voy. la note suivante.]

[13 Il faut supposer que les sommes dues au conjoint saisi sont déjà frappées, à la date à laquelle se produit la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907, d'une saisie-arrêt de droit commun, pratiquée par un créancier, d'ailleurs quelconque, du conjoint saisi. Nous écartons provisoirement l'hypothèse où le créancier qui a eu recours à la saisie-arrêt de droit commun, bénéficie d'un privilège général fondé sur des idées analogues à celles auxquelles répond la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 (privilège garantissant le payement de certaines dettes qui constituent précisément des dépenses de ménage, telles que les frais de nourrice (loi du 23 déc. 1874, art. 14), les salaires des gens de service (art. 2101-4°) et les fournitures de subsistance (art. 2101-5°). Raisonnant d'abord, exclusivement, sur un créancier quelconque du conjoint saisi, nous pensons

que la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907 ne saurait produire d'effet, à l'encontre, et, si nous pouvons ainsi parler, au préjudice de celle-ci. Le tiers saisi, assigné en validité, conformément à l'art. 570 Cod. proc. civ., fera connaître, dans les conditions de l'art. 573, et sous la sanction de l'art. 577, la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907, si elle lui a déjà été signifiée, conformément à l'art. 9 de la loi du 13 juillet 1907, alors même que la signification serait postérieure à l'exploit constitutif de la saisie-arrêt de l'art. 557 Cod. proc. civ. Le créancier qui a fait pratiquer la saisie-arrêt de droit commun, se heurtera, croyons-nous, à la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907, comme il se heurterait à un paiement déjà fait par le tiers saisi. La saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 est fondée sur l'affectation ménagère des salaires du conjoint saisi. La créance de salaires du conjoint saisi est grevée, à raison de son origine, d'une affectation qui en écarte, en cas de saisie-arrêt pratiquée sur elle par le conjoint, tous les autres créanciers, même déjà opposants, du conjoint saisi. Sans doute, il semble que cette solution aboutisse à créer un privilège au profit du conjoint saisissant, et nous admettons nous-même qu'il n'y a pas de privilège sans texte. Cpr. § 258, texte et note 6. Mais il s'agit ici beaucoup moins d'un privilège proprement dit, c'est-à-dire d'un droit de préférence légalement attaché à la créance du saisissant, sur des valeurs plus ou moins arbitrairement déterminées par la loi, que de l'affectation, à une certaine catégorie de dépenses, des sommes que frappent les deux saisies-arrêts en conflit. Il se produit ici quelque chose d'analogue à ce qui se produit, en vertu de l'art. 1798, au profit des ouvriers, vis-à-vis du maître avec qui l'entrepreneur a traité. Leur créance n'est pas une créance privilégiée (Cpr. § 374, note 42 *in fine*) et cependant l'affectation au paiement de leur créance des sommes dues par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur, survit à la faillite de celui-ci. Voy. § 374 note 48. La saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907 ne sanctionne pas, non plus, un véritable privilège au profit de la créance qu'elle garantit, mais elle sanctionne une certaine affectation des sommes qu'elle frappe, et cela suffit pour que le conjoint qui l'a pratiquée échappe au concours des autres créanciers, même saisissants, du conjoint saisi. Il a d'ailleurs été formellement dit, dans les travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1907, qu'aucune autre procédure ne pourrait distraire ces sommes de leur destination. Il est bien vrai qu'on a répondu (voy. Lalou, n° 93) que cette affirmation du rapporteur de la loi n'engageait que lui, et qu'il fallait d'autant plus se garder d'incorporer son opinion personnelle à l'interprétation de la loi, que, sur d'autres points, les travaux préparatoires portaient la trace d'un désaccord entre lui et ses collègues. Nous répondrons que le désaccord auquel on fait allusion s'est produit sur la partie de la loi du 13 juillet 1907 consacrée aux biens réservés de la femme, qu'il semble, tout au contraire, que le principe de l'affectation exclusive des salaires et produits du travail aux

besoins du ménage, qui domine toute la seconde partie de la loi, n'a été contesté par personne. La discussion, d'ailleurs, nous paraît close par les termes énergiques dont l'art. 9 s'est servi : « La signification du jugement *vaut attribution* des sommes saisies-arrêtées. » C'est une expression bien différente de celle dont se sert l'art. 579 Cod. proc. civ., pour le jugement de validité de la saisie-arrêt de droit commun, qui n'aboutit, elle, qu'à une distribution par contribution. Nous maintenons donc, sans hésiter, le droit de préférence du conjoint saisissant. — Nous pensons même que cette solution, que nous n'avons discutée jusqu'à présent que pour la saisie-arrêt de droit commun pratiquée par un créancier quelconque du conjoint saisi, vaut egalement pour le cas où cette saisie-arrêt de droit commun serait pratiquée par l'un des créanciers privilégiés dont il a été question au début de cette note. Là encore, la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907 produira ses effets à l'encontre de la saisie-arrêt de droit commun. Sans doute, les créanciers dont nous parlons maintenant peuvent invoquer un privilège sur les sommes dues au conjoint saisi : sans doute, ce privilège est fondé, en général, sur le caractère ménager de la créance qu'il garantit, cette créance correspondant à une dépense déjà faite, mais à une dépense de même nature que celles auxquelles sont affectées, précisément sous la garantie de la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907, les sommes dues au conjoint saisi. Mais ces raisons ne seraient décisives que si le caractère ménager des créances privilégiées dont nous parlons s'appliquait à toutes ces créances sans exception : alors seulement, il serait vrai de dire que ces créances, à raison de leur caractère privilégié, à raison aussi de leur caractère ménager, à raison surtout de la parfaite concordance de leur caractère privilégié et de leur caractère ménager, n'ont rien à redouter, sur les sommes dues au conjoint saisi, de la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907 ; que le conflit ne saurait sérieusement s'élever entre la saisie-arrêt de droit commun qui les sanctionne et la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907, qui pourvoit aux mêmes besoins qu'elle ; bref, qu'entre les deux procédures, d'ailleurs différentes, de saisie-arrêt, correspondant l'une et l'autre à des créances egalement favorables et privilégiées, la plus ancienne l'emporte nécessairement sur l'autre. — Ce raisonnement ne serait pas juste, parce que, parmi les créances privilégiées des nos 4 et 5 de l'art. 2101, il en est qui n'ont aucun caractère ménager : telles sont les créances des personnes attachées à une exploitation rurale ou même commerciale. Cpr. § 260, notes 19, 23 et 23 *bis* : parce que, en sens inverse, certaines créances d'un caractère incontestablement ménager ne sont pas privilégiées. Cpr. § 260, notes 26 et 35. Il n'y a donc pas concordance entre le caractère privilégié et le caractère ménager de ces différentes créances, de telle sorte qu'il est difficile, dans le conflit qui peut s'élever entre la saisie-arrêt qui les sanctionne, et la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907, de considérer la première comme

dée[14], ou qu'en conséquence de la limitation de la saisie-arrêt dans les conditions prévues par la loi du 17 juil-

autre chose qu'une saisie-arrêt ordinaire, qui ne saurait, sur ce terrain et à ce point de vue, comporter plus d'effets qu'une saisie-arrêt pratiquée par un créancier quelconque du conjoint saisi. Il est bien vrai qu'on pourrait nous répondre qu'il suffit, pour échapper à l'objection que nous venons de formuler, de limiter aux seules créances des nos 4 et 5 de l'art. 2101 qui présentent un caractère ménager (en y assimilant, au besoin, la créance de la loi du 23 déc. 1874) le bénéfice d'une saisie-arrêt de nature à faire échec à la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907. Même sous cette forme atténuée, cette opinion ne nous paraît pas acceptable. Elle implique une distinction entre les différentes créances de l'art. 2101, c'est-à-dire entre des créances également privilégiées par la loi, et cette distinction est fondée sur le caractère ménager qui appartient à certaines de ces créances seulement, et qui est certainement insuffisant, à lui seul, pour faire échec au fonctionnement de la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907. Ce qui fait qu'en définitive, l'exception que cette distinction conduirait à apporter au fonctionnement de la loi de 1907 ne serait due, exclusivement, ni au privilège du Code civil, ni au caractère ménager des créances avantagées, mais à une combinaison arbitraire de l'un et de l'autre.]

[[14] Cette solution nous paraît nécessairement résulter du caractère, aujourd'hui incontesté en jurisprudence, du jugement de validité de la saisie-arrêt. Ce jugement, contrairement à l'ancienne maxime : *Main de justice ne saisit et ne dessaisit personne* (Cpr. § 359 *bis*, notes 41 et 44), équivaut à une véritable cession judiciaire, qui s'opère du débiteur saisi au créancier saisissant, et qui a pour objet la somme due par le tiers saisi au débiteur saisi, à concurrence de ce que le débiteur saisi doit au créancier saisissant. Voy. Glasson, note sous l'arrêt de Civ. Cass., 27 juin 1892, Dall., 1893, 1, 25, et Tissier, note sous l'arrêt de Cass. du 14 février 1899, Sir., 1900, 1, 121. La signification du jugement de validité équivaut à la signification de la cession conventionnelle de l'art. 1690 : c'est donc par la signification, et à dater de la signification du jugement de validité que l'attribution judiciaire de la créance saisie-arrêtée se produit, au profit du saisissant, à l'égard des tiers, notamment à l'égard du conjoint qui voudrait procéder à la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907. Nous admettons cette solution, même à supposer que le jugement de validité soit susceptible d'opposition ou d'appel. Nous pensons avec MM. Glasson et Tissier, *Précis de Procédure civile*, 2e éd. 1908, II, n° 1279, que de nouvelles saisies-arrêts de droit commun ne peuvent utilement frapper le tiers saisi après le jugement de validité, dûment signifié, même si ce jugement est susceptible d'opposition ou d'appel, et nous étendons cette solution au cas où

let 1907 (Cod. proc. civ., art. 567), le montant des causes de la saisie-arrêt, même provenant des gains et salaires que cette saisie-arrêt avait frappés dans les mains du débiteur du conjoint saisi, n'ait été déjà versé à qui de droit[15]. Loi du 13 juillet 1907, art. 9.

Le jugement, d'ailleurs exécutoire par provision, peut être frappé d'appel[16], ou d'opposition, dans les conditions du droit commun. Il peut être ultérieurement modifié, à la requête de l'un ou de l'autre époux, si la situation en vue de laquelle il a été rendu vient à se modifier en quoi que ce soit. Loi du 13 juillet 1907, art. 10.

Même au cas où les époux vivraient séparés de fait,

la nouvelle saisie-arrêt, postérieure à la signification du jugement de validité, est précisément la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907. Sans doute, la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 est fondée sur l'affectation ménagère de la créance saisie-arrêtée, et paraît correspondre à une sorte de privilège du saisissant sur cette créance : cpr. note 13 *suprà*. Mais la solution que nous admettons pour le cas où la saisie-arrêt de droit commun, postérieure à la signification du jugement de validité, indépendamment de l'éventualité de l'opposition ou de l'appel dont il peut arriver que ce jugement soit frappé, nous l'admettrons même pour la saisie-arrêt de droit commun que pratiquerait un créancier privilégié proprement dit, tel que l'un de ceux dont nous parlons à la note 13 *suprà*. Nous sommes donc nécessairement conduits à l'admettre pour la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907.]

[[15] Il ne saurait être question d'appliquer la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 aux sommes ainsi déposées aux mains d'un tiers, conformément à la loi du 17 juillet 1907, en conséquence de la procédure de limitation des effets de la saisie-arrêt de droit commun, pratiquée antérieurement à la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907, mais dont la procédure de validité n'a pas encore abouti à la date à laquelle intervient cette dernière. Le nouvel art. 567 Cod. proc. civ. confère au saisissant un privilège sur la somme déposée. Il est d'autant plus raisonnable que ce privilège spécial produise son effet à l'encontre de la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907, qui ne sanctionne que l'affectation générale aux besoins ménagers des sommes qu'elle frappe, que la somme déposée, précisément parce qu'elle a été déposée dans les mains d'un tiers, ne présente plus, alors même qu'elle proviendrait, en fait, des salaires ou produits du travail du conjoint saisi, le caractère de salaires et produits du travail qui peut seul autoriser la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907. Cpr. note 2 *suprà*.]

[[16] Comme rendu sur une demande indéterminée. Lalou, n° 96.]

l'obligation pour chacun d'eux de contribuer aux frais du ménage est sanctionnée, au profit de celui qui s'acquitte de cette obligation[17], par la saisie-arrêt spéciale de la loi du 13 juillet 1907[18]. Les règles relatives à la combinaison des dispositions de la loi du 13 juillet 1907 sur la saisie-arrêt entre époux et des dispositions du Code civil, art. 238, relatives à la provision alimentaire au cours d'une ins-

[[17] Cette condition nous paraît plus essentielle encore, en cas de séparation de fait des époux, qu'en cas de ménage commun. Cpr. note 1 *suprà*.]

[[18] Cass., 1[er] février 1909, Dall., 1909, 1, 85. Le tribunal de Boulogne-sur-Mer, en qualité de juge d'appel, avait statué en sens contraire (5 mars 1908, Dall., 1909, 2, 17.) L'application de la loi du 13 juillet 1907 se mesure, croyons-nous, à l'étendue de l'obligation de secours et d'assistance de l'art. 212. Telle est la raison de droit pour laquelle, malgré les expressions un peu étroites dont la loi s'est servie en parlant des contributions de chaque époux nécessaires aux besoins du *ménage* (ce qui paraît, à première vue, supposer la communauté d'habitation et de vie), la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 s'applique même entre époux séparés de fait. Nous sommes beaucoup moins impressionnés par cette considération, que la loi du 13 juillet 1907 ne distingue ni entre les régimes matrimoniaux, ni entre les femmes mariées avant et les femmes mariées après le 13 juillet 1907, ni, comme nous le disons à la note 20 *infrà*, entre les femmes françaises et les femmes étrangères. Cela n'impliquerait pas nécessairement qu'il n'y eût pas à distinguer entre les femmes séparées de fait et celles qui vivent avec leur mari. Même en en limitant l'application à l'hypothèse du ménage commun, le caractère d'ordre public de la loi du 13 juillet 1907 expliquerait encore très bien que toutes les autres distinctions dont nous parlons aient été repoussées. En rattachant au contraire, la saisie-arrêt de la loi du 13 juillet 1907 à l'obligation de secours et d'assistance de l'art. 212, dont elle n'est que la sanction, plus énergique seulement que celle du Code civil, nous donnons à cette saisie-arrêt précisément la même étendue qu'à l'obligation de l'art. 212 : et il s'ensuit, entre autres conséquences, que si elle peut être pratiquée dans les cas dans lesquels l'obligation de l'art. 212 peut être judiciairement sanctionnée, elle ne peut l'être utilement que sous les conditions auxquelles le droit d'invoquer cette obligation est lui-même subordonné. Il faudra donc, pour qu'elle aboutisse, non seulement qu'il soit établi que l'époux saisissant consacre bien les revenus dont il dispose à des dépenses de ménage, par exemple à l'entretien et à l'éducation des enfants, mais encore que la séparation de fait n'est pas le résultat de sa faute. Voy. en ce sens la note sous l'arrêt de Cass. du 1[er] février 1909, Dall., 1909, 1, 85, *in fine*.]

tance en divorce ou en séparation de corps seront expliquées au § 478.

Les dispositions de la loi du 13 juillet 1907 sur la saisie-arrêt des salaires de celui des conjoints qui ne contribue pas aux charges du ménage, peuvent être invoquées quel que soit le régime matrimonial des époux, et nonobstant toute convention contraire dans le contrat de mariage. Loi du 13 juillet 1907, art. 1.

Elles peuvent être invoquées même par les époux mariés avant le 13 juillet 1907 et par les époux étrangers. Loi du 13 juillet 1907, art. 11 et arg. de cet art.[19].

Toutefois, si l'un quelconque de ces époux étrangers appartenait, à la date de la saisie-arrêt, à l'un quelconque des États signataires de la Convention de La Haye, du 17 juillet 1905, les dispositions de la loi du 13 juillet 1907 ne pourraient être invoquées par lui ou contre lui, qu'autant que la loi nationale du mari au jour du mariage admettrait ce mode de sanction des obligations des époux l'un envers l'autre[20], ou qu'autant que, dans l'hypothèse d'un changement de nationalité des époux au cours du mariage, leur loi nationale nouvelle commune l'admettrait. Convention du 17 juillet 1905, art. 1 et 9.]

[§ 470 *ter*.]

[*Des droits et des devoirs communs aux deux époux* (*suite*). *De l'exécution, au profit du conjoint survivant, de l'obligation alimentaire du conjoint prédécédé, sur la succession de ce dernier* (Loi du 9 mars 1891).]

[En cas de dissolution du mariage par le décès de l'un des conjoints, sa succession[1] est tenue envers le conjoint

[[19] Les dispositions légales relatives à l'obligation alimentaire, en général, sont des dispositions de police et de sûreté. Cpr. § 31, I.]

[[20] Les expressions de l'art. 1 de la convention « dans leurs rapports personnels » comprennent ce qui touche à l'obligation alimentaire. V. actes de la quatrième conférence de La Haye, 1904. Rapport de la 3e commission, p. 178.]

[[1] La loi du 9 mars 1891 a modifié, sous deux points de vue, la

survivant, qui se trouve dans le besoin lors de l'ou-

situation du conjoint survivant. Elle lui a conféré un droit de succession plus avantageux que celui de l'ancien art. 767. Cpr. § 589 et 606. Elle lui a reconnu, en outre, une créance alimentaire contre la succession du conjoint prédécédé. Ces deux droits sont fort différents l'un de l'autre, ils n'ont pas la même nature, et cependant le second est, en un certain sens, complémentaire du premier. C'est une donnée qu'il ne faut jamais perdre de vue dans la discussion des difficultés auxquelles peut donner lieu le nouvel art. 205. Le législateur de 1891 est parti de cette idée, que l'obligation de l'art. 212 ne s'éteint pas par le prédécès de l'un des époux. Il y a là un effet du mariage qui se prolonge après sa dissolution, lors au moins que sa dissolution résulte de la mort. Nous indiquerons, à la note 2 *infrà*, en quoi, sous ce point de vue, l'obligation de l'art. 212 diffère ou se rapproche de l'obligation alimentaire résultant de la filiation. Il nous suffit ici de retenir cette idée essentielle, que, dans la pensée du législateur de 1891, le mariage doit, en un certain sens, continuer à produire ses effets, quant au devoir de secours de chacun des époux vis-à-vis de l'autre, au delà même du décès du prémourant. Le prémourant laisse, à cet égard, une véritable dette, qui ne pèse, sans doute, sur sa succession que lorsque le conjoint survivant se trouve dans le besoin, c'est-à-dire lorsque le droit héréditaire d'usufruit du nouvel art. 767 n'a pu améliorer ou n'a pas suffi à améliorer sa condition. Cpr. note 4 *infrà*. Mais, dans cette mesure et sous le bénéfice de cette réserve, c'est une véritable dette. Les conséquences logiques de cette conception seraient : 1° que la créance d'aliments fût comprise dans le passif au même titre que toutes les autres, de telle sorte que le conjoint survivant vînt, de ce chef, en concours avec tous les autres créanciers de la succession; 2° que les héritiers du conjoint prédécédé fussent tenus envers le conjoint survivant comme ils le sont vis-à-vis des créanciers quelconques de la succession, c'est-à-dire même sur leurs biens personnels, en cas d'acceptation pure et simple. Ces deux conséquences, le législateur de 1891 les a, l'une et l'autre, atténuées. Voy. pour la première, note 17 *infrà*. Pour la seconde, qui est précisément celle dont il s'agit dans cette note, l'atténuation consiste en ce que la dette frappe seulement la succession, ce qui signifie, selon nous, que l'héritier n'en est tenu que comme il est tenu des dettes héréditaires quand ces dettes ne peuvent entamer son patrimoine personnel, autrement dit, qu'il n'en est tenu que comme il est tenu des dettes héréditaires en cas d'acceptation bénéficiaire. Nous n'allons pas jusqu'à dire qu'en ce qui concerne la dette d'aliments, la loi transforme l'acceptation pure et simple de l'héritier du conjoint prédécédé en une acceptation bénéficiaire; parce que cet héritier n'est certainement pas tenu, même dans cette mesure, des obligations de l'héritier bénéficiaire en général,

verture de la succession[2], de l'obligation alimentaire

et notamment, de l'obligation de faire inventaire en cette qualité : nous ne pensons pas davaniage que la séparation des patrimoines se produise de plein droit au profit du conjoint survivant (Cpr. note 8 *infrà*) comme nous admettons qu'elle se produit au profit des créanciers de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. Cpr. § 619, texte n° 7. Nous nous bornons, avec le texte, à considérer cet héritier comme tenu de la dette d'aliments envers le conjoint survivant, comme il serait tenu des dettes héréditaires en général, en cas d'acceptation bénéficiaire, c'est-à-dire seulement sur les biens par lui recueillis à titre héréditaire. Cpr. § 618, texte n° 1 et § 612, note 31. On pourrait, semble-t-il, même avec les termes de la loi du 9 mars 1891, comprendre autrement la situation de cet héritier, et le considérer comme tenu de la dette d'aliments, même sur ses biens personnels, mais seulement dans la mesure de ce qu'il aurait recueilli à titre héréditaire. C'est la situation faite à la femme commune qui se prévaut du bénéfice d'émolument, art. 1483. Cpr. § 520, notes 8 et suiv. Cette manière de raisonner serait certainement inexacte. La femme commune est tenue, dans la mesure de son émolument, de la moitié des dettes communes, personnellement, c'est-à-dire même sur ses biens propres, parce qu'elle est tenue comme associée. Cpr. § 520, notes 14 et 18. Un héritier ne saurait être, en aucun cas, tenu de cette façon. L'héritier est tenu plus ou moins que la femme commune, mais pas comme elle. Il est tenu comme représentant la personne du défunt, ce qui implique, tantôt l'obligation personnelle et indéfinie aux dettes, tantôt la limitation de la poursuite des créanciers aux biens héréditaires seulement. De ces deux situations, qui sont logiquement les seules dans lesquelles puisse se trouver l'héritier, la loi du 9 mars 1891 lui a laissé, de plein droit, le bénéfice de la seconde, en tant qu'il s'agit de la dette d'aliments. Nous invoquerons en ce sens la phrase initiale du 3[e] alinéa de l'art. 205 actuel : la pension alimentaire est *prélevée sur l'hérédité*. A lui seul, cet argument serait loin d'être décisif, puisque cette phrase fait allusion à un mode de payement de la dette alimentaire qui a été finalement repoussé par le législateur de 1891. Mais on peut retenir, à l'appui de notre manière de voir, l'idée qu'elle exprime. Il est d'ailleurs bien entendu que si l'héritier, qui n'est tenu que sur les biens qu'il a recueillis, entend se soustraire personnellement à l'exécution de l'obligation alimentaire, la confusion de fait qui se sera vraisemblablement établie, à défaut d'inventaire, entre ses biens personnels et ceux de la succession, le mettra dans l'obligation d'établir, à l'encontre du conjoint survivant, qui le poursuivrait, la consistance de la succession. — Voy. dans notre sens, Planiol, I[6], n° 909, Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, *des Personnes*, I[2], n° 2151.]

[[2] L'un des traits essentiels du système de la loi du 9 mars 1891

qui pesait sur lui durant sa vie. Art. 205, 2e al., 1re phr.

est que l'état de dénuement du conjoint survivant doit remonter, au plus tard, au décès du prémourant. Le texte ne le dit pas, et il semblerait même que le délai d'un an après le décès, qui est imparti au conjoint survivant pour former sa demande, suppose, au contraire, qu'il suffit que l'état de dénuement se produise, au plus tard, dans l'année du décès. Cette manière de voir serait inexacte. Autre chose est la détermination de la date à laquelle il faut que l'état de dénuement existe pour donner naissance à la dette d'aliments, autre chose est la détermination du délai dans lequel le conjoint survivant doit agir. Planiol, I6, n° 916. Si nous fixons au décès du prémourant la date extrême de l'état de dénuement auquel correspond et en vue duquel a été reconnue la dette alimentaire du nouvel art. 205, c'est parce que cela résulte nécessairement de l'idée que le législateur de 1891 s'est faite de cette dette. Il l'a considérée comme une conséquence du mariage (Cpr. note 1 *suprà*); elle ne saurait donc naître qu'autant que le mariage dure encore; il est impossible qu'elle naisse après sa dissolution. Il suit de là qu'il faut que la situation de fait qui lui donne naissance existe, au plus tard, à la date de la dissolution. Cette doctrine, en faveur de laquelle on peut citer le rapport de M. Piou à la Chambre des députés (*Journal officiel*, *Doc. parlem.*, *Chambre*, 1890, p. 156), a été adoptée par MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n° 2149. — Nous ferons remarquer, en terminant, que la créance d'aliments du conjoint survivant, fixée comme nous venons de le dire, diffère beaucoup, pour certains jurisconsultes, et sous ce point de vue, de la créance d'aliments qui résulte du lien de la filiation. C'est une question très discutée que celle de savoir si la créance d'aliments qui résulte du lien de la filiation comporte la transmissibilité passive. Cpr. § 553, note 10. Nous avons admis, dans la 4e édition de cet ouvrage, que cette transmissibilité passive se produit, lors au moins que la cause prochaine de la créance d'aliments, c'est-à-dire le besoin du créancier, existe déjà avant la mort du débiteur. C'est exactement le système que la loi de 1891 a consacré pour la créance d'aliments du conjoint survivant. Pour nous, par conséquent, il n'y a pas, sous ce point de vue, de différence entre cette créance d'aliments et celle qui résulte du lien de la filiation. Pour les jurisconsultes qui raisonnent autrement que nous sur la transmissibilite passive de la créance d'aliments qui résulte du lien de filiation, la différence qui sépare, sous ce point de vue, cette créance d'aliments de celle du conjoint survivant consiste en ce que cette dernière comporte, tantôt plus d'effet, tantôt moins d'effet, que la créance d'aliments qui résulte du lien de la filiation : plus d'effet, si l'on admet, avec la jurisprudence, l'absolue intransmissibilité passive de la créance d'aliments qui résulte du lien de la filiation : moins d'effet, si l'on admet, notamment avec Za-

L'étendue de cette obligation alimentaire est déterminée, tant en considération des besoins du conjoint survivant à la date du décès, comme il vient d'être dit, qu'en considération des forces de la succession, c'est-à-dire de la masse formée par les biens existant au décès, auxquels on ajoute fictivement les biens soumis au rapport ou à la réduction [3].

La créance d'aliments du conjoint survivant peut d'ailleurs se cumuler avec le droit d'usufruit qui lui est conféré à titre héréditaire, au cas où cet usufruit ne suffirait pas à le faire vivre, et l'exécution peut en être poursuivie,

chariæ, § 552, texte et note 6, la pleine transmissibilité passive de la créance d'aliments qui résulte du lien de la filiation, même dans le cas où sa cause prochaine, le besoin du créancier, serait postérieure au décès du débiteur.]

[3 Il ne faut pas confondre la question de savoir quels sont les biens dont il y a lieu de tenir compte pour calculer l'étendue de la dette d'aliments, et la question de savoir sur quels biens l'exécution de la dette peut être poursuivie. Il est bien certain que cette exécution ne saurait atteindre, en aucun cas, les biens qui rentrent, fictivement, ou réellement, dans la masse par suite du rapport ou de la réduction. En assimilant la dette d'aliments à une dette quelconque de la succession acceptée bénéficiairement (Cpr. note 1 *suprà*) nous avons, par là même, résolu négativement la question de savoir si l'exécution de cette dette peut être poursuivie sur les biens qui rentrent dans la masse par l'effet du rapport ou de la réduction. Cpr. § 630, notes 6 et 7. Mais la question de savoir comment se calcule une dette dont le *quantum* varie avec l'opulence de la succession, est toute différente. L'opulence de la succession se mesure au bénéfice réel qu'en retirent les cohéritiers qui se la partagent, et il serait difficile de dire que le cohéritier qui fait un rapport en nature ou en moins prenant, ou qui bénéficie de la réduction de la libéralite faite à un tiers ne retire de là aucun bénéfice réel. Nous ferons d'ailleurs remarquer : 1° que le mode de calcul que nous défendons est précisément celui que nous considérons comme applicable, non seulement lorsqu'il s'agit de déterminer la quotite disponible de droit commun en vue de l'exercice de l'action en réduction, mais encore quand il s'agit, à tous autres égards, de fixer la consistance réelle de la succession, en vue du calcul du disponible du droit commun ou du disponible exceptionnel de l'art.1098. Cpr. § 690, notes 12 à 14. — 2° que la créance d'aliments du conjoint survivant contre la succession du prédécédé a été précisément imaginée pour tenir lieu à ce conjoint d'un droit de réserve que le législateur de 1891 ne s'est pas décidé à sanctionner.]

au besoin, même sur le capital des biens héréditaires[4].

[[4] Voy. en ce sens : Grenoble, 23 juillet 1909, Sir., 1910, 2, 199. Sans doute, le droit d'usufruit du nouvel art. 767 nous apparaît comme destiné à tenir lieu au conjoint survivant de l'exécution de la dette d'aliments qui pèse sur la succession, et il semblerait, dès lors, que ces deux droits, si différents d'ailleurs l'un de l'autre, puisque le premier est un droit héréditaire et l'autre un droit de caractère matrimonial, ne pussent être cumulés. Mais si l'on réfléchit que le droit essentiel et irréductible du conjoint survivant sur la succession du prédécédé est la créance d'aliments de l'art. 205, que cette créance lui tient lieu de la réserve que le législateur de 1891 n'a pas voulu lui accorder sur l'usufruit qu'il lui conférait (cpr. note 3 *suprà in fine*), qu'elle constitue même pour lui un droit plus solide que ne l'aurait été un droit de réserve, puisqu'un droit de réserve n'aurait jamais été qu'un droit de succession, et que cette créance d'aliments constitue un droit matrimonial soustrait aux causes de déchéance qui peuvent atteindre le droit de succession (cpr. notes 9 et 10 *infrà*), on arrivera à cette conclusion, que la créance d'aliments du conjoint survivant est un droit complémentaire du droit héréditaire d'usufruit, de telle sorte que si cet usufruit est insuffisant pour le faire vivre, la créance d'aliments lui permet de s'en prendre au reste de la succession. En d'autres termes, l'exécution de l'obligation alimentaire de l'art. 205 se traduit, le plus souvent, par l'exercice du droit héréditaire d'usufruit de l'art. 767. Cet usufruit est réputé devoir normalement suffire aux besoins du conjoint survivant : l'obligation alimentaire de l'art. 205 devient alors sans objet. Mais quand, pour une raison ou pour une autre, ce droit d'usufruit ne sert plus, ou ne suffit plus à l'exécution par équivalent de l'obligation alimentaire de l'art. 205, cette obligation reparaît nécessairement, avec son caractère initial de dette héréditaire. Cela se produit : 1° dans le cas où le conjoint prédécédé a enlevé, par testament, au conjoint survivant, l'usufruit de l'art. 767 ; 2° même dans le cas où le conjoint survivant ne peut imputer qu'à lui-même la perte du droit d'usufruit, en tant qu'elle résulte de la séparation de corps antérieurement prononcée contre lui (cpr. note 10 *infrà*) ou du convol (cpr. note 9 *infrà*) ; 3° à plus forte raison cela doit-il se produire dans le cas où l'inexécution de l'obligation alimentaire est due à l'insuffisance de l'usufruit : la succession doit faire le reste. Cette solution ne souffre pas de difficulté si l'on est en présence de l'usufruit de l'art. 767, c'est-à-dire de l'usufruit du quart ou de la moitié des biens héréditaires, l'autre moitié, ou les trois quarts de la succession pouvant, même en usufruit, suffire à produire les sommes nécessaires à l'exécution de la dette d'aliments. Mais il peut arriver que le testament du conjoint prédécédé attribue déjà au conjoint survivant l'usufruit de la totalité de la succession, et que cet usufruit total soit lui-même insuffisant.

Le conjoint survivant doit former sa demande[5] dans l'année du décès. Mais, s'il y a lieu à partage[6], il peut la

Dans ce cas, l'exécution de la dette d'aliments pourra entamer le capital. C'est une conséquence nécessaire de l'idée que la dette d'aliments est une dette de la succession. Voy. en ce sens l'arrêt précité de la Cour de Grenoble, 23 juillet 1909.]

[[5] La loi du 9 mars 1891 a imposé au conjoint survivant l'obligation d'agir dans un délai très bref, tant parce que sa demande se rattache à la liquidation de la succession, qu'elle ne doit pas retarder, que parce qu'il serait difficile, après un délai plus long, de contrôler la réalité des besoins du conjoint survivant, au jour du décès. Il est d'ailleurs bien entendu qu'il n'est pas nécessaire que la demande soit jugée dans l'année : il suffit qu'elle soit formée dans l'année, par l'exploit d'ajournement, la procédure de conciliation n'étant pas applicable. Cod. proc. civ., art. 49-5°. Le conjoint survivant ayant droit à la séparation des patrimoines (cpr. note 8 *infrà*) et devant, dès lors, s'inscrire sur les immeubles de la succession dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire dans le délai de six mois, au plus tard, à partir de l'ouverture de la succession, suffirait-il, pour la conservation de son droit aux aliments vis-à-vis de l'héritier, qu'il se fît inscrire conformément à l'art. 2111, et sur requête (cpr. § 619, note 39) sauf à ne lancer l'exploit introductif d'instance qu'après l'année écoulée? Nous ne le croyons pas. La séparation des patrimoines est dirigée contre les créanciers de l'héritier : c'est contre l'héritier lui-même qu'il faut que la demande soit formée dans l'année.]

[[6] La combinaison du délai ordinaire d'un an à dater du décès, et du délai exceptionnel qui se confond avec la durée des opérations du partage, impartis au conjoint survivant pour former sa demande d'aliments contre la succession, ne va pas sans quelques difficultés. Selon nous, l'idée qui domine ici les dispositions de la loi du 9 mars 1891 est qu'il faut avant tout, pour les raisons que nous avons indiquées à la note 5 *suprà*, que la réclamation du conjoint se produise rapidement. Dans ces conditions, le délai normal, celui auquel il faut, en cas de doute, revenir ou s'en tenir, c'est le délai d'un an à dater du décès. L'expiration de ce délai est certainement constitutive d'une déchéance proprement dite. Il présente donc, à ce titre, les caractères d'un délai préfixe et non pas ceux d'une prescription véritable. Cpr. § 771, texte 4°. Notamment, il n'y aurait pas lieu d'appliquer ici la suspension de prescription fondée sur la minorité du conjoint survivant. Cpr. 771, note 16. En ce qui concerne la combinaison de ce délai préfixe d'un an et du délai indéterminé qui résulte de la prolongation des opérations du partage, le caractère que nous venons d'assigner au premier conduit à envisager le second comme un délai exceptionnel, éventuellement complémentaire du premier, et dont l'addition s'explique

par la coïncidence de la répartition, entre les divers ayants droit, des biens héréditaires sur lesquels porte la dette (cpr. note 1 *suprà*), avec la possibilité de la réclamation du conjoint. Cette réclamation se rattache à la liquidation de la succession, ce qui implique qu'en cas de partage, elle se présente comme un incident du partage. Nous tirerons de là les conséquences suivantes, indépendamment de celles qui seront indiquées aux notes 7 et 8 *infrà* : 1° pour que la prolongation du délai d'un an se produise au profit du conjoint survivant, il faut, mais il suffit qu'il y ait lieu à partage, quel que soit d'ailleurs le caractère des copartageants, héritiers légitimes, successeurs irréguliers, légataires universels ou à titre universel, quel que soit aussi le caractère du partage, même s'il s'agissait, par exemple, du partage additionnel de l'art. 1077 ; 2° A supposer que le conjoint survivant, investi par la loi, comme successeur irrégulier, ou par le contrat de mariage, comme donataire de biens à venir, ou par le testament du conjoint prédécédé, comme légataire, d'un droit quelconque d'usufruit sur la succession, qui lui attribue, dans certains cas (Seine, 1er déc. 1893, Nancy, 3 janvier 1896, Sirey, 1897, 2, 133), ou sous certaines conditions, réserve faite de ce qui a été dit au § 226, texte et notes 8 à 10, la qualité de copartageant et le droit de provoquer le partage, se trouve dans une situation telle qu'il puisse cumuler l'exercice de son droit d'usufruit et la créance d'aliments de la loi de 1891 (cpr. note 4 *suprà*), il serait tenu, bien que sa qualité de copartageant implique l'éventualité d'un partage entre lui et l'héritier, peut-être unique, du conjoint prédécédé, de former sa demande d'aliments dans l'année du décès. Il ne saurait dépendre de lui, en provoquant, dans l'année du décès, le partage de la succession, de prolonger, pour la durée des opérations du partage, le délai d'un an qui lui est normalement imparti pour former sa demande. Le partage que suppose l'art. 205, et dont dépend la prolongation du délai normal d'un an, est le partage des biens héréditaires sur lesquels doit peser la dette d'aliments, de telle sorte que la réclamation du conjoint survivant se présente comme un élément de la liquidation de la succession, qui se poursuit en dehors de cette réclamation : or, la dette d'aliments ne pèse certainement pas sur l'usufruit du conjoint survivant, puisque la créance d'aliments constitue précisément un complément de cet usufruit ; 3° A supposer qu'il y ait, avant l'expiration de l'année à dater du décès, un partage opéré, quel que soit ce partage, partage amiable ou judiciaire, partage définitif ou provisionnel, partage d'ascendant par voie de disposition entre vifs ou de disposition testamentaire, à supposer que ce partage soit de nature à être attaqué par voie d'action en nullité ou d'action en rescision, à supposer enfin que la demande en nullité ou en rescision soit déjà formée par et contre les intéressés avant l'expiration de l'année à compter du décès, de telle sorte que la validité du partage lui-même soit remise en question, le conjoint survivant peut encore utilement former sa demande, pendant la

retarder jusqu'à l'achèvement du partage[7] exclusivement, à supposer que les opérations du partage aient été com-

procédure dont il vient d'être question, même après l'expiration de l'année qui suit le décès. Le succès de cette demande serait, d'ailleurs, évidemment subordonné au succès de cette procédure, c'est-à-dire à la nullité ou à la rescision du partage. Voy. pour d'autres conséquences du même principe, les notes 7 et 8 *infrà*.]

[[7] La définition précise de ces expressions, l'achèvement du partage, soulèvera, elle aussi, de sérieuses difficultés, soit qu'on raisonne sur un partage amiable, soit qu'on raisonne sur un partage judiciaire, soit enfin qu'on raisonne sur un partage d'ascendants. Selon nous, l'achèvement du partage, au sens de la loi du 9 mars 1891, c'est la répartition, entre les divers ayants droit, des biens héréditaires sur lesquels porte la dette, plus précisément, l'opération finale et décisive de cette répartition, par exemple, en cas de partage judiciaire, l'homologation de justice (cpr. § 555, texte n° 5), le tirage au sort des lots et la remise des titres, qui suivent cette homologation, ne pouvant être considérés que comme l'exécution du partage. — Nous envisagerions pareillement la demande en garantie, même formée dans l'année du décès, comme se rattachant à l'exécution du partage, quelle que fût la nature de celui-ci. La demande en garantie ne remet pas en question l'existence même du partage, et n'est pas de nature à faire reparaître l'indivision qui provoquerait une répartition nouvelle. Nous ne nous arrêterons pas à l'objection qu'on peut tirer de l'art. 822-2°, qui met sur la même ligne l'action en garantie et l'action en rescision (ou en nullité) dont nous venons de dire que l'exercice, dans l'année du décès, suffit à entraîner la prolongation du délai imparti au conjoint survivant pour formuler sa réclamation. Cpr. note 6 *suprà*. Nous répondons à cette objection que l'art. 822-2° n'assimile ces deux actions qu'en ce qui concerne la détermination de la compétence *ratione personæ* seulement. Nous ne pensons pas qu'on puisse étendre l'assimilation à la question de la répercussion de l'exercice de ces actions sur les droits du conjoint survivant, qui est une question de fond. Le moment précis de l'achèvement du partage peut donc être déterminé assez aisément, tant en matière de partage amiable qu'en matière de partage judiciaire. — Mais des difficultés assez délicates seront de nature à s'élever, dans cet ordre d'idées, en cas de partage d'ascendants par voie de disposition testamentaire. En pareil cas, l'acceptation du partage par les ayants droit semblerait nécessaire, de telle sorte qu'à défaut de cette acceptation dans l'année, le conjoint survivant pût encore utilement former sa demande avant cette acceptation. Il est d'ailleurs bien entendu que nous n'exigeons pas, sous ce point de vue, une acceptation du partage qui présenterait le caractère d'une confirmation, en cas de nullité ou de rescision, sans quoi nous arriverions à admettre que l'achèvement du partage, au sens de la loi

mencées dans l'année[8] et se prolongent au delà de l'année qui suit le décès. Art. 205, 2e al.

du 9 mars 1891, suppose la disparition, par voie de confirmation ou par voie de prescription, des actions en nullité ou en rescision qui peuvent être dirigées contre ce partage, ce qui serait tout à fait excessif, et contraire d'ailleurs à ce que nous avons dit *suprà*, note 6, de la prolongation exceptionnelle du délai d'un an, par l'exercice, mais par l'exercice seulement, des actions en nullité ou en rescision du partage.]

[[8] Le texte parle d'une prolongation, en cas de partage, du délai normal d'un an, jusqu'à l'achèvement du partage. Il vise donc manifestement le cas où les opérations du partage sont déjà commencées, mais ne sont pas encore achevées, lorsque le délai d'un an est révolu. Si les opérations du partage ne commençaient qu'après l'expiration du délai d'un an, elles ne sauraient avoir pour effet de le prolonger. Il ne peut être question de prolonger un délai déjà expiré. A cet argument de texte se joignent des considérations de législation qui nous paraissent décisives. La solution contraire aurait pour effet de reculer, en tout cas, jusqu'à l'achèvement du partage, le délai imparti au conjoint survivant, à quelque époque que le partage pût se produire, c'est-à-dire, au besoin, jusqu'à l'expiration du temps requis pour la prescription extinctive de l'action en partage (cpr. § 622, note 8), ce qui est évidemment inadmissible. — Le principe nous paraît donc certain, mais des difficultés fort délicates peuvent se présenter à l'application. Quand peut-on dire qu'il y a vraiment partage commencé dans l'année, de telle sorte que la prolongation du délai d'un an soit désormais acquise au conjoint survivant? Un point nous paraît hors de doute : aucune procédure, quelque analogie qu'il puisse y avoir, à raison de son but, entre elle et le partage lui-même, ne saurait équivaloir à une procédure de partage, et constituer le commencement de partage nécessaire pour prolonger le délai. La seule procédure à laquelle on puisse s'attacher dans cet ordre d'idées, c'est une procédure de partage, c'est-à-dire une procédure qui suppose une répartition de la succession entre les différents ayants droit, qui suppose, par conséquent, une liquidation de la succession, dont l'établissement de la créance du conjoint survivant constitue l'un des éléments. La question que nous discutons s'est présentée devant la Cour de Poitiers (7 juillet 1897, Sir., 1898,2,35) pour la séparation des patrimoines, demandée, pendant l'année du décès, par les créanciers de la succession. La Cour de Poitiers a très sagement décidé, selon nous, que la demande de séparation des patrimoines ne pouvait équivaloir à une demande en partage, et produire, sous ce point de vue, le même effet que produirait celle-ci. Les opérations que le texte suppose que les parties ont

La pension alimentaire ainsi obtenue reste due, même en cas de convol du conjoint survivant[9], même en cas de séparation de corps prononcée aux torts du conjoint survivant[10], et ne prendrait fin, ou ne serait diminuée, par autorité de justice, durant sa vie, que dans le cas où des ressources nouvelles de caractère permanent[11] lui arrive-

commencées dans l'année sont et ne peuvent être que des operations de partage proprement dites. Mais, même en serrant ainsi la formule, beaucoup de difficultés subsistent : par exemple, pourrait-on considérer l'exercice du retrait successoral, dans l'année du décès; avant tout partage (cpr. § 621 *ter*, note 43), comme constituant un commencement de partage de nature à prolonger le délai? Pourrait-on considérer les opérations d'un simple partage provisionnel, commencées dans l'année, comme équipollentes, sous ce point de vue, aux opérations correspondantes d'un partage définitif? Nous pencherions vers la solution négative de la première question, et vers la solution affirmative de la seconde.]

[9 Nous avons déjà indiqué, à la note 1 *suprà*, le caractère de la créance d'aliments du conjoint survivant, et nous en avons tiré une première conséquence à la note 2. La solution que nous donnons en cas de convol se rattache aux mêmes idées. La créance d'aliments, née au plus tard dans les derniers instants du mariage, est un effet du mariage, qui se prolonge, pour le législateur de 1891, au delà de sa dissolution par le décès. Il y a, sur ce point, une profonde différence entre les deux droits que la loi de 1891 reconnaît au conjoint survivant. En cas de convol, l'usufruit conféré, à titre héréditaire, à ce conjoint, cesse, lors au moins qu'il existe des descendants du défunt (art. 767 nouveau, *in fine*). La créance d'aliments, à supposer qu'elle ait été invoquée par le conjoint survivant dans le délai légal, survit au convol, même si le conjoint prédécédé a laissé des descendants (Planiol, I⁶, nº 915). C'est que le droit de succession n'est pas un effet proprement dit du mariage : il en est une conséquence possible, que la volonté du conjoint prédécédé aurait pu anéantir : c'est un droit héréditaire, et non pas un droit de caractère matrimonial. Nous donnerions, pour la créance d'aliments du conjoint survivant, la solution que nous venons de donner, même dans le cas où le convol précéderait la demande d'aliments, dans le délai légal imparti au conjoint survivant pour la former.]

[10 Cpr. § 494⁴, notes 6 et 7. La créance d'aliments est d'une tout autre nature que le droit de succession. Cpr. la note précédente.]

[11 Voy. comme exemple Grenoble, 23 juillet 1909, Sir., 1910, 2, 199.]

raient et dans le cas où ses besoins diminueraient[12]. Elle ne saurait, en aucun cas, être augmentée[13].

Tous les héritiers ou successeurs à titre universel du conjoint prédécédé supportent, dans leurs rapports entre eux[14], la charge de cette pension, proportionnellement à ce qu'ils ont recueilli des biens du conjoint prédécédé. La demande formée par le conjoint survivant dans les délais légaux contre l'un d'eux seulement, ne conserverait, d'ailleurs, le droit du conjoint survivant que contre celui ou ceux qu'il aurait actionnés[15].

[[12] La créance du conjoint survivant contre la succession du prédécédé est une créance d'aliments qui ne se justifie que par le besoin du créancier, et qui ne saurait, dès lors, se prolonger après qu'il a cessé. Le dénuement du conjoint à la date du décès ne permet d'ailleurs de fixer, *ne varietur*, que le chiffre *maximum* que la créance d'aliments ne peut dépasser.]

[[13] En tant que la demande d'augmentation de la pension alimentaire correspondrait à des besoins nouveaux du conjoint survivant, elle serait arrêtée par cette considération qu'on ne peut, à raison du caractère matrimonial de la dette d'aliments, tenir compte que de l'état de dénuement du conjoint survivant contemporain du décès du prémourant. Cpr. note 2 *suprà*. En tant que la demande d'augmentation correspondrait à une diminution des ressources antérieures du conjoint survivant, elle serait arrêtée par cette autre considération, qu'on ne peut, à raison de la dépendance de la réclamation du conjoint et de la liquidation de la succession, tenir compte que de la réclamation formée dans l'année du décès. Cpr. note 5 *suprà*.]

[[14] Nous supposons, bien entendu, qu'il n'a été pris, de ce chef, aucun engagement particulier par les héritiers du conjoint prédécédé envers le survivant, pour le service de la pension. Dans ce dernier cas, il est bien clair que la convention ferait la loi des parties. Nous supposons au texte que rien de pareil ne s'est produit, et qu'en fait, le conjoint survivant reçoit la totalité de sa pension de l'un ou de certains des héritiers, détenteurs ou non des biens héréditaires sur lesquels pèse la dette, même en dehors de la séparation des patrimoines que le conjoint survivant a pu demander et de l'inscription hypothécaire qu'il a pu prendre par application de l'art. 2111. Très certainement, le ou les cohéritiers qui ont tout payé ont un recours contre les autres. Planiol, I[6], n° 910. Il y a là une dette de la succession. Cpr. note 1 *suprà*. Quelle serait la nature de ce recours? Faudrait-il y attacher le bénéfice de la subrogation légale de l'art. 1251-3°? Nous le pensons. Voy. § 321-3°, lettre *c*.]

[[15] L'obligation alimentaire ne présentant, en général, aucun

Dans le cas où les biens recueillis par les héritiers ou successeurs universels du conjoint prédécédé seraient insuffisants pour acquitter cette dette, qui pèse d'abord sur les biens qu'ils ont recueillis[16], la charge de la pension

caractère d'indivisibilité ni de solidarité (Cpr. § 553, note 18, § 560, note 14, § 571, note 20, § 708, note 9), il ne saurait en être autrement de l'obligation alimentaire qui pèse sur la succession du conjoint prédécédé. Dans ces conditions, la dette d'aliments naît donc divisée entre tous les cohéritiers du conjoint prédécédé, et il n'y aurait aucune raison de les considérer comme liés entre eux quant à la conservation de la créance d'aliments, de telle sorte que la réclamation faite contre l'un d'eux dans le délai légal valût également contre les autres. Sans doute, on peut objecter que la dette d'aliments pèse avant tout et directement sur les biens de la succession, que par conséquent tous les biens de la succession qui se trouvent dans le lot de l'héritier que le conjoint survivant a saisi de sa réclamation dans le délai légal, sont affectés au payement de cette dette, de telle sorte que celui-ci, s'il paye au delà de sa part, puisse se retourner contre ses cohéritiers, vis-à-vis de qui la réclamation du conjoint survivant n'a cependant pas été faite dans le délai légal, de telle sorte enfin que ces cohéritiers restent tenus, au moins vis-à-vis de leurs cohéritiers, par cela seul que celui-ci a été poursuivi par le conjoint survivant dans le délai légal. Nous répondrons à cette objection que la situation des héritiers du conjoint prédécédé, en ce qui concerne la dette d'aliments, est celle des héritiers bénéficiaires en général. Cpr. note 1 *suprà*. Or, l'acceptation bénéficiaire ne fait pas obstacle à la division des dettes (cpr. § 618, note 3), ce qui signifie que la division des dettes produit les mêmes effets en matière d'acceptation bénéficiaire qu'en matière d'acceptation pure et simple. L'héritier que le conjoint survivant a poursuivi dans le délai légal n'est donc jamais tenu que de sa part. Le conjoint survivant ne saurait, en aucun cas, lui demander plus, même sur les biens héréditaires : lui-même, payant sa part, ne pourrait pas davantage se retourner contre ses cohéritiers indemnes, en leur demandant de supporter une fraction de la sienne. Les deux solutions sont liées.]

[[16] Le défunt n'a pu disposer à leur profit que sous réserve du payement de ses dettes, et notamment de la dette d'aliments de l'art. 205. De droit commun, les légataires particuliers ne sont d'ailleurs primés par les créanciers héréditaires sur les biens héréditaires qu'autant que les créanciers héréditaires ont demandé la séparation des patrimoines, ou que la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou qu'elle est devenue vacante. Cpr. § 723, note 24. En assimilant l'héritier du conjoint prédécédé à un héritier bénéficiaire, en ce qui concerne l'obligation alimentaire de l'art. 205, nous avons par là même admis, semble-t-il, que l'exécution de

affecterait les legs particuliers, dont elle diminuerait l'émolument, proportionnellement à la valeur de chacun d'eux, sauf disposition contraire du testament du conjoint prédécédé, mais sur ce dernier point seulement[17].

cette obligation alimentaire prime l'acquittement des legs particuliers, comme le payement des dettes prime l'acquittement des legs particuliers dans le cas d'une succession acceptée sans bénéfice d'inventaire, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire que le créancier intéressé, dans l'espèce le conjoint survivant, demande la séparation des patrimoines. Mais nous avons déjà indiqué à la note 1 *suprà*, que cette assimilation de l'héritier du conjoint prédécédé à un héritier bénéficiaire, en ce qui concerne l'obligation alimentaire de l'art. 205, n'était que partiellement exacte. Notamment, elle ne nous paraît pas devoir impliquer, au profit du conjoint survivant, la séparation des patrimoines qui résulte, à notre avis, de plein droit, au profit des créanciers héréditaires, de l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire. Cpr. note 8 *suprà*. Comme le droit de préférence des créanciers de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire sur les légataires particuliers s'explique par la séparation des patrimoines que l'acceptation bénéficiaire entraîne de plein droit au profit des premiers, nous pensons que le droit de préférence que l'art. 205 reconnaît au conjoint survivant sur les légataires particuliers ne peut être invoqué par le conjoint survivant que dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire dans le cas où la succession du conjoint prédécédé a été acceptée purement et simplement, sous la condition de la demande de séparation des patrimoines formée par le conjoint survivant contre les légataires particuliers envisagés comme créanciers personnels de l'héritier. Cpr. § 619, note 10. Nous ne mettons d'ailleurs pas en doute que les délais impartis au conjoint survivant pour former sa demande d'aliments s'appliquent au cas où il la forme contre les légataires particuliers comme à celui où il la forme contre les héritiers ou successeurs universels du conjoint prédécédé, ce qui permettrait aux légataires particuliers d'écarter cette demande, même si les héritiers ou successeurs universels du conjoint prédécédé renonçaient à se prévaloir de la déchéance encourue par le conjoint survivant.]

[[17] L'art. 205 autorise le testateur, dans le cas où les biens héréditaires, c'est-à-dire ceux qui font l'objet d'une transmission à titre universel, seraient insuffisants pour le service de la dette alimentaire de l'art. 205, et où le conjoint survivant pourrait s'en prendre aux légataires particuliers, à déclarer expressément qu'il entend que tel ou tel legs particulier soit acquitté de préférence à tous les autres. Il sera fait alors application, dit le texte, de l'art. 927. Cette formule porte la trace de l'idée que la créance d'aliments tient lieu au conjoint survivant de la réserve que le législateur de 1891 n'a

Cette dette d'aliments se transmet passivement aux héritiers des personnes, quelles qu'elles soient, qui en sont tenues. Ces héritiers ne sont d'ailleurs tenus de cette dette que dans les conditions dans lesquelles leurs auteurs en étaient tenus eux-mêmes[18].]

§ 471.

2° *Des droits et des devoirs particuliers à chacun des époux.*

Le mari doit protection à sa femme, la femme, obéissance à son mari. Art. 213.

Quelque étendue que soit l'autorité du mari, elle reste soumise au contrôle des tribunaux, auxquels la femme peut s'adresser pour faire réprimer les actes d'oppression que son époux exercerait à son égard[1].

Du principe que la femme doit obéissance à son mari, il résulte qu'elle est obligée d'habiter avec lui et de le suivre partout où il juge à propos de résider, même en pays étranger[2]. Art. 214. Le mari est autorisé à dénier, à

pas voulu ajouter à son droit héréditaire d'usufruit. Cpr. notes 3 et 4 *suprà*. Elle conduit, croyons-nous, à cette conséquence, que l'exonération du légataire particulier se produit, lorsque la dette d'aliments est exécutée sous la forme d'une pension servie par les divers débiteurs qui en sont tenus, non seulement dans les rapports de ce légataire particulier avec les autres légataires, ou avec les héritiers, mais encore dans les rapports de ce légataire particulier avec le conjoint survivant lui-même. Nous raisonnerions tout autrement, pour le cas où l'exonération, au lieu de s'adresser à un légataire particulier, s'adresserait, comme il n'est pas douteux que cela soit possible, à un cohéritier. Les dispositions de l'homme sont impuissantes à modifier les règles de l'obligation aux dettes. Cpr. § 636, note 4.]

[[18] C'est encore une conséquence de son caractère de dette héréditaire. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, I, n° 2156.]

[1] Trib. de la Seine, 13 janvier 1870, 2, 158.

[2] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, p. 393, art. 2; p. 395 et 396, n° 32.) Delvincourt, I, p. 156. Proudhon, I, p. 452. Toullier, II, 616. Duranton, II, 435. Vazeille, II, 290. Marcadé, sur l'art. 214, n° 2. Demolombe, IV, 90. — Il en serait cependant autrement, dans le

la femme qui se refuse à l'accomplissement de cette obligation, tout secours pécuniaire, sur les revenus de ses biens personnels et des biens communs, et même sur les revenus des biens propres de celle-ci, dont il aurait l'administration et la jouissance[3].

Si ce moyen est insuffisant pour vaincre sa résistance, et que la femme touche elle-même tout ou partie de ses revenus[4], les tribunaux peuvent, en la condamnant à rentrer au domicile conjugal, permettre au mari de l'y contraindre[5], soit au moyen de la saisie de ses revenus[6],

cas où le mari voudrait émigrer en pays étranger contrairement aux prohibitions d'une loi politique. Proudhon, Vazeille et Marcadé, *locc. citt.* Demolombe, IV, 91.

[3] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 376, n° 32). Delvincourt, I, p. 155. Duranton, II, 438. Demolombe, IV, 104.

[4] Cpr. art. 1448, 1449, 1534, 1536, 1537, 1575 et 1576.

[5] Le choix à faire entre les deux moyens de contrainte indiqués au texte paraît, à raison du silence de la loi et d'après la *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 396, n° 32), abandonné au pouvoir discrétionnaire du juge. Mais ces deux moyens de contrainte semblent les seuls que les tribunaux soient légalement autorisés à ordonner. Ainsi, il ne leur serait pas, à notre avis, permis, comme le pensent MM. Duranton (II, 439) et Demolombe (IV, 106), et comme l'a jugé la Cour de Nîmes (20 février 1862, Sir., 63, 2, 161), de condamner la femme qui refuse de rejoindre son mari à des dommages-intérêts, dont le paiement pourrait être poursuivi sur la propriété même de ses biens. En effet, il ne s'agit point ici d'une obligation corrélative à un droit de créance, mais d'un devoir correspondant à un droit de puissance, et qui, par cela même, ne se résout pas en dommages-intérêts. Cpr. § 172, texte et note 5; art. 1149, et § 299, texte et note 12. Colmar, 4 janvier 1817, Sir., 18, 2, 123. Colmar, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 127. Pau, 11 mars 1863. Sir., 63, 2, 197. [Voyez dans le sens d'une condamnation à des dommages-intérêts proprement dits: Paris, 2 mars 1877, Sir., 1877, 2, 243, et Cass. (mêmes parties), 26 juin 1878, Sir., 1879, 1, 176. Lyon, 24 février 1909, Sir., 1909, 2, 283. La Cour d'appel de Liége, s'inspirant des mêmes idées, notamment en ce qui concerne l'évaluation du dommage matériel et moral causé au mari par l'absence de la femme, admet pareillement la possibilité d'une condamnation à tant par jour de retard, à titre de dommages-intérêts. Liége, 16 juin 1897, Sir., 1898, 4, 15.]

[6] Delvincourt, I, p. 155. Vazeille, II, 291. Demolombe, III, 105. Marcadé, *loc. cit.* Pau, 22 prairial an XIII, Sir., 6, 2, 15. Riom, 13 août 1810, Sir., 13, 2, 239. Toulouse, 24 août 1818, Sir., 21, 2, 249.

soit au moyen de l'emploi de la force publique[7] (*manu militari*). Les tribunaux sont même tenus d'ordonner cette dernière voie de contrainte, quand elle est requise à défaut d'autre moyen d'exécution, ou à raison de l'inefficacité de ceux qui ont été jusqu'alors employés[8].

Le juge ne peut, sous aucun prétexte, dispenser la femme non séparée de corps du devoir d'habiter avec son mari[9]. Il peut seulement, tout en la condamnant à l'ac-

Aix, 29 mars 1831, Sir., 33, 2, 92. Colmar, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 127. Paris, 14 mars 1834, Sir., 34, 2, 159. Nîmes, 20 février 1862, Sir., 63, 2, 161. [Bordeaux, 3 janvier 1882, Sir., 1882, 2, 126.] Voy. en sens contraire : Duranton, II, 438 et 439.

[7] Vazeille, II, 291. Toullier, XIII, 109. Valette, sur Proudhon, I, p. 453, note *a*. Marcadé, *loc. cit.* Coin-Delisle, sur l'art. 2063, n° 4. Troplong, *De la contrainte par corps*, n° 258. Du Caurroy, Bonnier et Retoustain. I, 367. Demolombe, IV, 107. Demante, *Cours*, I, 297 *bis*, III. Zachariæ, § 471, texte et note 3. Paris, 29 mai 1808, Sir., 8, 2, 199. Pau, 12 avril 1810, Sir.,10, 2, 241. Turin, 17 juillet 1810, Sir., 12, 2, 414. Colmar, 4 janvier 1817, Sir., 18, 2, 123. Nancy, 11 avril 1826, Sir., 26, 2, 200, Req. rej., 9 août 1826, Sir., 27, 1, 88. Aix, 29 mars 1831, Sir., 33, 2, 92. Dijon, 25 juillet 1840, Sir., 40, 2, 291. Paris, 31 mars 1855, Sir., 55, 2, 494. Nîmes, 20 février et 10 juin 1862, Sir., 63, 2, 161 et 162. Pau, 11 mars 1862, Sir., 63, 2, 97. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 155 ; Duranton, II, 440 ; Duvergier sur Toullier, I, 616, note 1 ; Toulouse, 24 août 1818, Sir., 21, 2, 249 ; Colmar, 10 juillet 1833, Sir., 34, 2, 127. [Aix, 22 mars 1884, Sir., 1884, 2, 93.] C'est en confondant le moyen de coercition dont il est question au texte avec la contrainte par corps, et [en] méconnaissant les véritables caractères des droits et des devoirs que le mariage engendre, que ces auteurs et ces arrêts ont admis une opinion contraire à la nôtre. [Cette observation s'applique tout particulièrement à un jugement du tribunal de Quimper, du 15 mars 1905, Sir., 1905, 2, 252.]

[8] Le jugement qui, dans les circonstances indiquées au texte, refuserait au mari le droit de vaincre, par l'emploi de la force publique, la résistance de sa femme, paralyserait l'exercice d'un droit reconnu par la loi, et encourrait la censure de la Cour de cassation.

[9] Pothier, n° 383. Vazeille, II, 393 à 395. Dutruc, *De la séparation de biens*, n°s 313 et 319. Bruxelles, 13 août 1806, Sir., 7, 2, 28. La seule modification dont ce principe soit, à notre avis, susceptible, est celle que nous y avons nous-même apportée. Nous croyons donc devoir rejeter tous les autres tempéraments proposés par Duranton (II, 437). La femme ne peut se soustraire au devoir de la cohabitation qu'en faisant prononcer sa séparation de corps. Cpr. Nancy, 21 jan-

complissement de ce devoir, ordonner, s'il y a lieu, qu'elle n'y sera contrainte que lorsqu'on lui offrira un logement convenable à sa position et dans lequel sa sécurité et sa dignité se trouvent garanties[10]. Le mari qui exige de sa femme le retour au domicile conjugal doit aussi lui fournir les moyens de quitter, d'une manière honnête, son habitation actuelle et de venir le rejoindre[11].

Si la femme est tenue d'habiter avec son mari, ce dernier, de son côté, est tenu de la recevoir chez lui, de la traiter maritalement[12], et de lui fournir tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Art. 214. Lorsque le mari se refuse à l'accomplissement de ce devoir, les tribunaux doivent, à la demande de la femme, qui ne voudrait pas se contenter d'une pen-

vier 1858, Sir., 58, 2, 75. Voy. cep. Duvergier, *Revue critique*, 1866, XXVIII, p. 316.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Mari, § 2, n° 1. Vazeille, II, 296 à 299. Duranton, II, 437. Demolombe, IV, 95. Bruxelles, 11 mars 1807, Sir., 7, 2, 262. Req. rej., 12 janvier 1808, Sir., 8, 1, 145. Civ. rej., 26 janvier 1808, Sir., 7, 2, 1196. Colmar, 14 janvier 1812, Sir., 12, 2, 442. Paris, 19 avril 1817, Sir., 18, 2, 63. Civ. rej., 9 janvier 1826, Sir., 26, 1, 264. Montpellier, 23 décembre 1830, Sir., 31, 2, 330. Req. rej., 20 novembre 1860, Sir., 61, 1, 965. [Cass. 2 janvier 1877, Sir., 1877, 1, 257. Alger, 3 février 1879. Sir., 1880, 2, 318. Pau, 8 mai 1890, Sir., 1891, 2, 3. Paris, 21 mai 1897, Sir., 1897, 2, 296. Bastia, 20 mai 1902, Sir., 1903, 2, 104.] La jurisprudence n'a pas toujours rigoureusement observé la distinction établie au texte. Parmi les arrêts que nous avons cités, il en est qui ont déclaré le mari purement et simplement non recevable dans sa demande. Voy. aussi dans ce sens : Zachariæ, § 471, texte et note 4. [Des difficultés spéciales pourraient d'ailleurs résulter du conflit du droit de la femme à être maîtresse chez elle, sans avoir à y subir la présence de tiers, et de l'obligation pour le mari, de recevoir son père et sa mère chez lui dans le cas de l'art. 210. Cpr. Douai, 26 mars 1901, Sir., 1902, 2, 309.]

[11] Le mari est-il tenu de payer les dettes que, pendant la séparation, la femme a été forcée de contracter pour satisfaire à ses besoins? Cette question ne nous paraît pas susceptible d'une solution absolue, et doit être décidée d'après les circonstances particulières à chaque espèce. Cpr. § 509, texte n° 4, lett. *c*; Demolombe, IV, 94; Zachariæ, § 471, texte et note 5; Grenoble, 20 juillet 1824, Dalloz, 1825, 2, 106; Bordeaux, 8 juin 1839, Sir., 39, 2, 416; Req. rej., 13 février 1844, Sir., 44, 1, 662. [Voy. d'ailleurs § 470, note 13 *bis*.]

[12] Zachariæ, § 471, texte et note 6. Cpr. Civ. cass., 20 janvier 1830, Sir., 30, 1, 99.

sion alimentaire, autoriser celle-ci à recourir à l'emploi de la force publique pour se procurer l'entrée du logement occupé par le mari[13]. Mais ils ne pourraient personnellement contraindre ce dernier à rejoindre sa femme, soit dans une habitation qu'elle se serait choisie, soit même dans le domicile conjugal[14].

§ 472.

Continuation. — De l'autorisation maritale[1].

[Sauf les exceptions qui seront indiquées ci-après[1] *bis*], la femme mariée ne peut, en son nom personnel, et pour ses propres affaires[2], ni ester en justice, ni faire, en général, des actes juridiques quelconques, sans l'autorisation de son mari. Art. 215 et 217. Cette autorisation est requise, quel que soit le régime sous lequel les époux se sont mariés. Elle devient nécessaire à partir de la célé-

[13] Toullier, XIII, 110. Demolombe, IV, 110. Civ. cass., 20 janvier 1830, Sir., 30, 1, 99. [Cela, même pendant une instance en nullité de mariage intentée par le mari. Paris, 7 janvier 1903, Dall., 1903, 1, 16.]

[14] Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 461, texte et note 8. Cpr. Douai, 2 juin 1852, Sir., 53, 2, 215. [Cpr. également tribunal de Quimper, 15 mars 1905, Sir, 1905, 2, 252.]

[1] Cpr. sur cette matière : Pothier, *De la puissance du mari*; Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. I; Kœnigswarter, *Etudes historiques sur le Droit civil français*, *Revue de législation*, 1843, XVII, p. 393; Masson, *Recherches historiques sur l'origine de l'autorité maritale en France*, *Journal de l'Institut historique*, 1845, V, p. 163 et 241.

[[1] *bis*. Voy. *infrà*, texte n° 2, *in fine*.]

[2] La validité de l'acte juridique fait par un mandataire n'est pas subordonnée à la capacité personnelle de ce dernier. Cpr. § 411, texte n° 2, notes 8 et 9. La femme peut donc, sans l'autorisation de son mari, valablement agir au nom d'un tiers, en exécution d'un mandat conventionnel. Elle peut également, en vertu du pouvoir que lui donne à cet effet l'art. 935, accepter une donation faite à son enfant mineur. Cpr. § 652. — Quant à l'obligation qu'engendre, pour la femme, l'acceptation d'un mandat qui lui aurait été conféré, sa validité est soumise à la condition de l'autorisation maritale. Cpr. § 411, texte n° 2, notes 10 et 11. — *Quid* du mandat conféré à la femme par son mari? Cpr. texte n° 3, et note 49 *infrà*.

bration du mariage[3], et ne cesse de l'être qu'après [la séparation de corps ou la dissolution du mariage[4]].

Sanctionner, pour tous les actes de la vie civile, le devoir d'obéissance imposé à la femme, et garantir son patrimoine, en tant qu'il est destiné à subvenir aux besoins du ménage et à assurer l'avenir de la famille, tel est le double but que le législateur a eu en vue en établissant la règle de l'autorisation maritale, laquelle est moins requise dans l'intérêt personnel de la femme elle-même que dans celui du mari, considéré comme chef de l'union conjugale, et comme gardien de tous les intérêts qui s'y rattachent[5].

[3] Les coutumes qui l'exigeaient à partir des fiançailles ont été abrogées par le Code. Cpr. Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs*, III, 171 ; Pothier, *op. cit.*, n° 7; Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI, § 2, Vazeille, II, 302; Zachariæ, § 472, texte et note 30.

[4] [Elle n'est plus nécessaire aujourd'hui, après la séparation de corps, art. 311 (Loi du 6 fév. 1893)]. Cpr. § [485 (494[4])], texte n° 1.

[5] L'incapacité de la femme mariée est bien différente de celle du mineur. Cpr. art. 1124 et 1125. Celle-ci est établie *propter imperitiam ætatis*, et, par conséquent, dans l'intérêt du mineur. Celle-là, au contraire, n'est point établie *propter fragilitatem sexus*. Ce qui le prouve évidemment, c'est que les filles majeures et les veuves jouissent, en général, de la même capacité que les hommes. Cpr. § 86, texte n° 1. L'incapacité de la femme mariée est une conséquence du mariage et de la puissance maritale. Cette puissance, qui confère au mari des droits si importants, lui impose aussi des devoirs, et notamment l'obligation de veiller à la garde de tous les intérêts qui se rattachent à l'union conjugale. Il faut en conclure que, quoique l'autorisation maritale ne soit pas requise comme garantie des intérêts individuels de la femme, elle n'est pas, d'un autre côté, uniquement exigée en faveur du mari, mais encore et surtout pour la conservation des intérêts matrimoniaux et collectifs dont il est le représentant. Ainsi s'explique parfaitement l'art. 225, qui paraît, au premier abord, contraire au principe sur lequel est, à notre avis, fondée l'autorisation maritale. Si la femme est admise à faire valoir la nullité résultant du défaut d'autorisation, c'est moins en vertu d'un droit établi à son profit particulier qu'en vertu d'un droit qu'elle puise dans sa participation aux intérêts collectifs qui, quel que soit le régime sous lequel les époux se sont mariés, naissent du fait même du mariage. Les auteurs, soit anciens, soit modernes, sont loin d'être d'accord sur le fondement de la règle de l'autorisation maritale. Cpr. Lebrun, *op. cit.*; sect, I, n° 1; Pothier, *op. cit.*, n° 4; Merlin, *Rép.*, v° Auto-

1° De l'autorisation requise en matière judiciaire.

L'autorisation maritale, dont la femme doit être pourvue pour ester en justice, est exigée, quel que soit le régime matrimonial sous lequel elle se trouve placée. Art. 215.

Elle est nécessaire devant toute juridiction [[5] *bis*], et à tous les degrés d'instance[6]. La femme en a même besoin pour comparaître au bureau de paix[7].

L'autorisation maritale est requise en toute espèce d'instances judiciaires, quels que soient l'objet et la nature de la contestation [[7] *bis*], et alors même que le litige porterait sur des actes que la femme était capable, soit comme marchande publique, soit en vertu de ses conventions matrimoniales, de passer sans autorisation.

Enfin, la femme a besoin de l'autorisation maritale pour défendre à une demande formée contre elle, aussi bien que pour introduire une action, et quelle que soit d'ailleurs, dans l'un et l'autre cas, sa partie adverse.

Il résulte, entre autres, de ces diverses propositions, que l'autorisation maritale est nécessaire à la femme pour figurer dans une procédure d'ordre[8], pour défendre

risation maritale, sect. II; Proudhon, I, p. 454; Zachariæ, § 472, texte, notes 2 et 3. Notre manière de voir sur ce point a été adoptée par M. Demolombe (IV, 113 à 117).

[[5] *bis*. Même devant le Jury, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Cass., 17 février 1896, Sir., 1896, 1, 368. Cass., 9 mars 1896, Sir., 1896, 1, 368. Voy. dans le même sens, quant à la nécessité de la notification du pourvoi en cassation de l'expropriant tant à la femme qu'au mari à fin d'autorisation : Cass., 21 déc. 1892, Sir., 1894, 1, 191.]

[6] Demolombe, IV, 128 et 130. [Cpr. notes 82 à 85 *infrà*.]

[7] Merlin, *Rép.*, v° Bureau de conciliation, n° 4. Duranton, II, 452. Demolombe, IV, 129; Zachariæ, § 472, note 3. Civ. cass., 3 mai 1808, Sir., 8, 1, 310.

[[7] *bis*. Voy. cependant Cass., 28 février 1893, Sir., 1894, 1, 209, et la note de Labbé (intervention, au cours d'une instance en divorce, de la mère, non autorisée, du mari, demandeur en divorce, à l'effet d'obtenir la garde des enfants issus du mariage). Il n'y a pas là une intervention proprement dite : l'intérêt des enfants prime d'ailleurs toute autre considération.]

[8] Demolombe, IV, 124. Zachariæ, *loc. cit.*, Civ. cass., 21 avril 1828,

à une demande en interdiction dirigée contre elle[9], et même pour intenter contre son mari une demande en nullité de mariage[10]. [Elle lui est nécessaire encore, même pour citer directement son mari devant le tribunal correctionnel, à raison d'un délit dont il se serait rendu coupable envers elle[10] *bis*, ou pour se porter partie civile dans la poursuite correctionnelle pour cause d'adultère dirigée contre lui sur la plainte déposée par elle[10] *ter*.]

La nécessité de l'autorisation maritale s'applique même au cas où il s'agirait d'un procès lié antérieurement au mariage, en ce sens que si la cause n'est point encore en état au moment du mariage, la femme ne peut plus ultérieurement procéder sans être autorisée[11].

Par exception au principe posé dans l'art. 215, l'autorisation maritale n'est pas nécessaire à la femme pour défendre, soit à l'action du ministère public, qui la poursuit[12]

Sir., 28, 1. 275. Toulouse, 19 mars 1833, Sir., 33, 2, 246. Grenoble, 10 mars 1848, Sir., 48, 2, 749. [Aix, 28 janvier 1871, Sir., 1872, 2, 110. Cass., 6 mars 1878, Sir., 1878, 1, 324.]

[9] Merlin, *op. et v° citt.*, § 7, n° 18 *bis*. Duranton, II, 456, Demolombe, IV, 125. Zachariæ, § 472, note 7. Civ. cass., 9 janvier 1822, Sir., 22, 1, 156.

[10] Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. VI, § 2. Demolombe, IV, 127. Tambour, *Revue critique*, 1868, XXXII, p. 493 et 494. Zachariæ, § 472, note 12. Civ. cass., 21 janvier 1845, Sir., 45, 1, 366. Req. rej., 10 février 1851, Sir., 51, 1, 202. Civ. cass., 12 mai 1858, Sir., 58, 1, 720. Lyon, 4 avril 1867, Sir., 67, 2, 290. Cpr. Civ. rej., 31 août 1824, Sir., 24, 1, 360.

[[10] *bis*. Trib. de Troyes, 24 juin 1890, Sir., 1892, 2, 24. Cpr. *infrà*, note 15.]

[[10] *ter*. Paris, 26 avril 1872, Sir., 1872, 2, 186. Cpr. *infrà*, note 15.]

[11] Cpr. Code de procédure, art. 342 et suiv. Maleville, sur l'art. 215. Toullier, II, 620. Duranton, II, 437. Vazeille, II, 302. Demolombe, IV, 139. Zachariæ, § 472, texte et note 6. Civ. rej., 7 octobre 1811, Sir., 12, 1, 10. Civ. cass., 7 août 1815, Sir., 15, 1, 346. Cpr. cep. Req. rej., 17 août 1831, Sir., 31, 1, 319.

[12] Il en est autrement lorsque la femme est poursuivante. Merlin, *op. et v° citt.*, sect. VII, n° 18. Duranton, II, 454. Demolombe, IV, 140. Crim. cass., 1er juillet 1808, Sir., 8, 1, 528. — D'un autre côté, a femme qui, sur la poursuite dirigée contre elle par le ministère public, oppose une exception préjudicielle, a besoin d'autorisation pour faire statuer sur cette exception par les tribunaux civils. Civ. cass., 29 mai 1846, Sir., 46, 1, 550.

à raison d'un délit de Droit criminel[13], soit à la demande en dommages-intérêts que la partie lésée par suite d'un délit de cette espèce, a formée accessoirement à la poursuite du ministère public[14]. Art. 216 et arg. de cet article.

[13] Ce mot, employé ici dans son acception étendue, comprend les contraventions, les délits proprement dits et les crimes. Cpr. Code pénal, art. 1. Crim. cass., 24 février 1809, Sir., 10, 1, 192. Crim. cass., 20 janvier 1825, Dalloz, 1825, 1, 169.

[14] Cette proposition se justifie par les termes mêmes de l'art. 216, et par le principe que le juge valablement saisi, quant au délinquant, de l'action publique, est aussi valablement saisi à son égard de l'action civile. La femme n'a donc pas plus besoin d'autorisation pour la seconde que pour la première : *Accessorium sequitur principale*. Voy. cep. en sens contraire : Zachariæ, § 472, texte et note 10. Mais, lorsque la femme est directement poursuivie par la partie lésée, soit devant un tribunal civil, soit même devant un tribunal de justice répressive, elle doit être pourvue de l'autorisation maritale : *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. La distinction que nous établissons ainsi entre cette dernière hypothèse et celle qui est indiquée au texte nous paraît être une conséquence de la faculté accordée à la partie lésée de former sa demande en dommages-intérêts à l'audience même où se trouve portée l'action publique et jusqu'au jugement de cette action. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 1 à 3, et 359. Cette faculté, en effet, se trouverait restreinte, et pourrait même devenir complètement illusoire, si, pour l'exercer, il était nécessaire d'assigner le mari aux fins d'autorisation. Tandis que, quand l'action civile est formée d'une manière principale, rien n'empêche la partie lésée d'assigner le mari en même temps que la femme. Cette distinction, que nous avions proposée dans nos premières éditions, a été adoptée par Marcadé (sur l'art. 216, n° 1). Quant à M. Demolombe (IV, 143), il pense que l'autorisation n'est pas même nécessaire dans le cas où la partie lesée saisit directement un tribunal de justice répressive de sa demande en dommages-intérêts. [Voy. en ce sens : Trib. d'Albi, 12 nov. 1898, Sir., 1902, 2, 251.] Mais cette manière de voir nous semble suffisamment réfutée par les considérations que nous venons de présenter, et par les motifs déjà déduits à la note 9 du § 109. Nous ajouterons que le mari peut avoir le plus grand intérêt, pour éviter un scandale judiciaire, à prendre des arrangements avec la partie qui se prétend lésée par un délit qu'elle impute à la femme, ce qui est assurément une considération grave pour justifier la nécessité de l'autorisation maritale dans l'hypothèse dont il s'agit. Cpr. au surplus sur cette question : Pothier, *op. cit.*, n° 60; *Exposé de motifs*, par Portalis (*Lég.*, IV, p. 523, n° 64); Merlin, *Rép.*, *v° cit.*, sect. VII, n° 18; Vazeille, II, 311 ; Crim. rej., 31 mai 1816, Sir., 16, 1, 271.

En vertu d'une seconde exception, la femme est admise à présenter, sans autorisation, la requête préalable à une demande en [divorce], en séparation de corps ou de biens qu'elle se propose de former[15]. Cette exception semble devoir s'appliquer également à la requête présentée par la femme aux fins d'interdiction de son mari[16]. [Enfin, du jour où le juge saisi par l'époux demandeur en divorce de la requête à fin de poursuivre, a rendu l'ordonnance de non-conciliation, la femme, demanderesse ou défenderesse, est par là même autorisée à ester en justice pour la conservation de ses droits, et à faire toutes les procédures nécessaires dans ce but. Art. 238 (loi du 18 avril 1886)[16] *bis*.]

[D'autre part, depuis la loi du 13 juillet 1907, la femme peut plaider sans autorisation dans tous les litiges relatifs à ses biens réservés[16] *ter*.]

[15] Arg. Code de procédure, art. 865, 875 et 878. Toullier, II, 766. Duranton, II, 585, Favard *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, art. 1, n° 2. Rauter, *Cours de procédure civile*, § 345. Demolombe. IV, 135. Zachariæ, § 472, texte n° 1, lett. *c* et *d*. Req. rej., 13 brumaire an XIV, Sir., 6, 1, 111. Colmar, 12 décembre 1816, Sir., 18, 2, 190. Civ. rej., 15 juillet 1867, Sir., 67, 1, 315. [Sans doute, la femme ne peut, sans autorisation, ni se porter partie civile contre son mari, ni le citer directement devant les tribunaux de répression dans les hypothèses prévues aux notes 10 *bis* et 10 *ter suprà*, et cependant les faits sur lesquels est alors fondée son intervention ou son action constituent des causes de divorce ou de séparation de corps. Mais il y a une grande différence entre la procédure du divorce ou de la séparation de corps et la requête par laquelle elle s'ouvre, d'une part, la citation directe ou la constitution de partie civile devant les tribunaux de répression, d'autre part; et on comprend que l'incapacité de la femme lui interdise la seconde, sans faire obstacle à la première.] L'exception indiquée au texte s'applique même à l'hypothèse où la femme est mineure. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 3, n° 8. Toullier, II, 767. Duranton et Favard, *locc. citt.* Bordeaux, 1er juillet 1806, Sir., 6, 2, 182.

[16] Toulouse, 8 février 1823, Sir., 23, 2, 130. Voy. cep. Devincourt, I, p. 322; Merlin, *op. v° citt.* sect. VII, n° 16; Demolombe, IV, 126.

[[16] *bis*. Par exemple, la femme défenderesse peut, sans autorisation, se porter partie civile contre le témoin dont elle entend critiquer le témoignage défavorable pour elle. Douai, 3 août 1908. Sir., 1908, 2, 303.]

[[16] *ter*. Cpr. § 500 *bis*, note 18.]

2° *De l'autorisation requise en matière extrajudiciaire.*

L'autorisation maritale, dont la femme doit être pourvue en matière extrajudiciaire, est exigée pour toute espèce d'actes juridiques, peu importe qu'il s'agisse d'actes d'aliénation ou d'acquisition, de disposition ou d'administration, d'actes à titre onéreux par lesquels la femme s'obligerait envers des tiers, ou d'actes à titre gratuit faits en sa faveur, et qui ne contiendraient aucune obligation de sa part[17]. Art. 217[18]. Ainsi, par exemple, la femme ne peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner, à titre onéreux ou gratuit, ses biens meubles ou immeubles, constituer sur ses héritages des servitudes ou des hypothèques, faire une renonciation quelconque[19], effectuer ou recevoir un paiement, accepter une donation, un legs ou une succession. Art. 776, 905 et 934.

La règle de l'autorisation maritale est étrangère aux obligations dont la validité n'est pas subordonnée à la capacité personnelle de l'obligé[20]. Ainsi, la femme peut, indépendamment de l'autorisation du mari, se trouver valablement engagée, lorsqu'il s'agit d'une obligation qui procède directement de la loi[21], ou d'un engagement qui

[17] *Ne uxor turpem quæstum faciat. Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 397 et suiv., n° 35). Zachariæ, § 472, texte et note 14.

[18] La règle que pose cet article ne doit pas être restreinte aux actes juridiques qui s'y trouvent nominativement indiqués, plutôt par forme d'exemple que dans une intention restrictive. La combinaison de l'art. 217 avec les art. 220 à 224 et 226 ne peut laisser aucun doute à cet égard. Les exceptions consignées dans ces derniers articles témoignent hautement de la généralité de la règle établie par le premier. Demolombe, IV, 179.

[19] Vazeille, II, 304. Demolombe, IV, 281. Zachariæ, § 472, texte et note 15. Req. rej., 12 février 1828, Sir., 28, 1, 356.

[20] C'est sans doute pour qu'on ne pût tirer de l'art. 217 une conséquence contraire à la proposition énoncée au texte, que le Conseil d'État ne crut pas devoir obtempérer au vœu du Tribunat, qui demandait l'insertion, dans cet article, d'une disposition par laquelle on déclarât la femme incapable de *s'obliger* sans autorisation de son mari. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, IV, p. 458, n° 24).

[21] Telle est l'obligation de gérer une tutelle, à laquelle la femme

prend sa source, soit dans le fait d'un tiers [22], soit dans la *versio in rem* [23], soit enfin dans un délit ou un quasi-délit [24] [et [24] *bis*], [auquel il se pourrait, d'ailleurs, que le mari

a été appelée, et de répondre, soit du défaut de gestion, soit de la mauvaise administration de cette tutelle. Cpr. art. 1370. Demolombe, IV, 176. — D'après Duranton (II, 500), qui fait encore dériver d'un quasi-contrat l'obligation dont nous nous occupons, la femme mariée ne se trouverait obligée comme tutrice qu'autant qu'elle aurait accepté, avec l'autorisation de son mari, la tutelle qui lui a été déférée. Cet auteur a oublié que les obligations imposées par la délation d'une tutelle découlent de la loi seule, et qu'elles existent indépendamment de l'acceptation de la tutelle. Cpr. § 440, texte *in fine*; et 441, note 3.

[22] La femme, dont les affaires ont été utilement gérées par un tiers, est, en l'absence même d'autorisation maritale, soumise à toutes les obligations qu'impose le quasi-contrat de gestion d'affaires: elle n'est pas seulement engagée jusqu'à concurrence du profit qu'elle a retiré de la gestion, ainsi que l'enseignent à tort Delvincourt (I, p. 163) et Duranton (II, 497), qui confondent l'action *negotiorum gestorum contraria*, et l'action de *in rem verso*. Pothier, *op. cit.*, n° 50. Toullier, XI, 39. Demolombe, IV, 117. — La femme qui, sans autorisation de son mari, s'est immiscée dans les affaires d'autrui, ou a reçu un paiement qui ne lui était pas dû, est-elle tenue des obligations résultant des quasi-contrats de gestion d'affaires ou de réception du paiement de l'indû? Nous ne le pensons pas. Voy. § 441, note 1; § 442, texte et note 8. Duranton, IV, 181 et 182.

[23] Art. 1238, 1241, 1312 et arg. de ces articles. Pothier, n° 51. Delvincourt et Duranton, *locc. citt.* Toullier, II, 627 et 628. Zachariæ, § 472, texte et note 20. Civ. rej., 14 février 1826, Sir., 26, 1, 332. Civ. cass., 27 décembre 1843, Sir., 44, 1, 332. Req. rej., 12 mars 1844, Sir., 45, 1, 47. Bordeaux, 16 mars 1854, Sir., 54, 2, 694. Req. rej., 24 janvier 1855, Sir., 56, 1, 56. [Cass., 26 avril 1900, Cass., 2 janvier 1901, Sir., 1901, 1, 192 et 193.]

[24] Cpr. art. 1310, Delvincourt, I, p. 162. Duranton, II, 493. Demolombe, IV, 178. Zachariæ, § 472, texte et note 18. [Cass., 6 avril 1898, Sir., 1902, 1, 460.] Mais l'autorisation maritale est nécessaire à la femme pour fixer par transaction le montant des dommages-intérêts, dont elle peut être redevable à raison de son délit ou quasi-délit. Cpr. § 335, texte *in fine*, et note 23. Larombière, *Des obligations*, IV, art. 1310, n° 8. Civ. cass., 15 février 1870, Sir., 70, 1, 212.

[[24] *bis*. Voy. pour l'application de cette règle au divertissement et au recel commis par la femme, sans le concours du mari, dans une succession à laquelle elle est appelée, § 612, note 26 *bis*, et Cass., 10 avril 1877, Sir., 1877, 1, 248.]

eût participé, et à la réparation duquel il serait alors personnellement tenu [24 *ter*.]]

D'un autre côté, cette règle n'empêche pas que la femme ne puisse, sans l'autorisation de son mari, faire tous les actes et prendre toutes les mesures qui ont uniquement pour objet la conservation ou la sûreté de ses droits. Ainsi, elle n'a pas besoin d'autorisation pour requérir, soit les transcriptions prescrites par les art. 171 et 939, soit l'inscription de son hypothèque légale. Art. 940, 2139 et 2194.

Si cependant il s'agissait d'un acte conservatoire qui exigeât l'introduction d'une demande en justice, ou qui imposât quelque obligation à la femme, la règle dont s'agit [redeviendrait] applicable. C'est ainsi que l'autorisation maritale est nécessaire à la femme pour exercer une surenchère sur les biens d'un tiers[25].

Enfin, il est des actes qui, d'après leur nature et le but de la règle de l'autorisation maritale, restent en dehors de sa sphère d'application. Ainsi, la femme peut, sans l'autorisation de son mari :

Faire un testament ou le révoquer (art. 226, 905, al. 2. et arg. art. 1096, al. 2);

Révoquer une donation entre vifs qu'elle a faite à son mari pendant le mariage (art. 1096);

Reconnaître les enfants naturels qu'elle a procréés avant son mariage, soit avec son mari, soit avec tout autre[26];

Exercer, sur la personne des enfants, légitimes ou naturels, qu'elle a eus d'un autre que de son mari, tous les droits de la puissance paternelle, par exemple, donner son consentement à leur mariage, ou les émanciper[27].

[[24] *ter*. Cass., 8 nov. 1905, Sir., 1907, 1, 145 (note Hémard). Cpr. Cass.. 3 juin 1902, Sir., 1902, 1, 485.]

[25] Voy. les autorités citées à la note 62 du § 294. [Cpr. Rouen, 7 mars 1892, Sir., 1893, 2, 78.] Cpr. sur les conséquences qu'entraîne en pareil cas le défaut d'autorisation : texte et note 107 *infrà*, § 294, texte n° 2, notes 62 et 64. — Cpr. aussi, quant à la surenchère exercée par la femme séparée de biens sur les immeubles de son mari : § 294, note 62 *in fine*.

[26] Cpr. § 568, texte n° 2, et note 10.

[27] Merlin, *Rép.*, v° Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n° 10,

La règle de l'autorisation maritale est susceptible d'être modifiée, ou restreinte dans son application, par l'effet des conventions matrimoniales, ou de la séparation de biens judiciaire. La femme, mariée sous le régime dotal, ou séparée de biens, soit conventionnellement, soit judiciairement, peut, sans l'autorisation de son mari, passer relativement aux biens dont elle a la jouissance tous les actes qui sont une conséquence du droit d'administrer que la loi lui reconnaît. Il en est de même de la femme qui, en se mariant sous le régime de la communauté, ou sous le régime simplement exclusif de communauté, s'est réservé la jouissance et l'administration d'une partie de sa fortune[28].

[Enfin, des lois nouvelles, dont le trait commun est de permettre à la femme de soustraire aux risques qui pourraient résulter de la mauvaise administration du mari, des valeurs provenant le plus souvent de ses économies, et destinées à assurer la sécurité économique de la famille, ont supprimé la nécessité de l'autorisation maritale dans les hypothèses suivantes :

1° Quand la femme demande l'ouverture d'un compte et la délivrance d'un livret de caisse d'épargne, quand elle veut déposer à ladite caisse, ou retirer les fonds par elle déposés. Loi du 9 avril 1881, art. 6. Loi du 20 juillet 1895, art. 16.

Toutefois, le mari peut s'opposer au retrait du dépôt, en signifiant cette opposition à la caisse débitrice, dans la forme des actes extrajudiciaires. Loi du 9 avril 1881, art. 6 *in fine*. Loi du 20 juillet 1895, art. 17.

2° Quand la femme entend opérer des versements à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse, en vue de se constituer une pension de retraite. Loi du 20 juillet 1886, art. 13[28] *bis*.

Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 558. De Fréminville, *De la minorité*, II, 1031. Zachariæ, § 472, texte et note 29.

[28] Cpr. art. 1449, 1534, 1536 et suiv.

[[28] *bis*. Pourrait-elle, sans l'autorisation de son mari, faire des versements au profit d'un tiers, quel qu'il fût? Le texte est muet à cet égard.]

3° Pour entrer dans une société de secours mutuels, et même pour créer une société de secours mutuels. Loi du 1er avril 1898, art. 3.

4° Pour acquérir, avec les sommes provenant de son travail personnel, des valeurs, tant mobilières qu'immobilières, en disposer à titre onéreux, et ester en justice dans toutes les contestations que l'exercice des droits qui lui sont reconnus sur ces biens peuvent soulever. Loi du 13 juillet 1907, art. 1 et 6.

Toutefois, dans le cas où la femme ferait un mauvais usage des pouvoirs à elle ainsi conférés, le mari pourrait en faire prononcer le retrait, en tout ou en partie, par le tribunal civil de son domicile, statuant en chambre du Conseil, la femme dûment appelée, et le ministère public entendu. Le retrait de pouvoirs prononcé par le tribunal civil aurait pour effet, dans la mesure dans laquelle il serait prononcé, de soumettre la femme, à dater du jour où il serait intervenu, à la nécessité de l'autorisation maritale, même pour l'administration de ses biens réservés[28] *ter*.

5° Pour constituer, avec ses biens réservés, un bien de famille, et pour ester en justice pour l'exercice des droits quelconques qui lui appartiennent en cas de constitution d'un bien de famille par elle-même ou par l'une quelconque des personnes ayant qualité à cet effet. Loi du 12 juillet 1909, art 3. et 16.]

3° Des cas dans lesquels l'autorisation du mari peut ou doit être remplacée par celle de la justice.

a. Le mari est libre d'accorder ou de ne pas accorder l'autorisation qui lui est demandée. Mais la femme est admise à réclamer contre son refus. Et l'autorisation de la justice peut, en général, remplacer celle du mari refusant.

C'est ainsi que les tribunaux ont le pouvoir d'autoriser

[[28] *ter*. Voy. sur la loi du 13 juillet 1907 et sur les pouvoirs de la femme sur ses biens réservés, § 500 *bis*.]

[29] Alger, 3 septembre 1866, Sir., 67, 2, 155.

la femme à ester en justice sur une plainte de diffamation qu'elle a formée[29], et à contracter un engagement théâtral[30].

Toutefois, et par exception à cette règle, on enseigne assez communément qu'il n'appartient pas à la justice d'autoriser la femme, au refus du mari, à faire le commerce[31].

Pour obtenir de la justice l'autorisation que son mari lui refuse, la femme doit se pourvoir, dans les formes indiquées par l'art. 861 du Code de procédure civile[32], devant le tribunal du domicile conjugal. Art. 219. Ce tribunal peut, le mari entendu et dûment appelé, donner, s'il l'estime convenable, l'autorisation demandée par la femme. Code de procédure, art. 852. Le jugement qui accorde ou refuse l'autorisation doit être prononcé en audience publique, et non en chambre du conseil[33]. Ce jugement est susceptible d'appel.

Ces règles de compétence et ces formes de procéder s'appliquent, non seulement en matière extra-judiciaire, mais encore en matière judiciaire, alors du moins que la femme est demanderesse. Celle-ci ne pourrait donc pas demander, par voie incidente, au tribunal saisi de la con-

[30] Paris, 3 janvier 1868, Sir., 68, 2, 65.

[31] *Code de commerce*, art. 4. Pardessus, *Droit commercial*, I, 63. Marcadé, sur l'art. 220, n° 1. Chardon, *Puissance maritale*, n° 190. Demolombe, IV, 218. Nouguier, *Des tribunaux de commerce*, I, p. 257. Molinier, *Droit commercial*, n° 167. Massé, *Droit commercial*, II, 1113, Bravard, *Manuel de droit commercial*, p. 18 à 21, Bravard et Demangeat, *Traité de droit commercial*, I, p. 93 et 94. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, I, 39, Demante, *Cours*, I, 302 *bis*, III, et suiv. Bédarride, *Des commerçants*, n° 113. Cpr. cep. Paris, 24 octobre 1844, Sir., 44, 2, 581 ; Grenoble, 27 janvier 1863, Sir., 63, 2, 79. — Voy. encore d'autres exceptions au § 510, texte n° 3, et note 26; et au § 537, texte n° 5 et note 92.

[32] Les dispositions de cet article ont dérogé à celles de l'art. 219 du Code civil, en ce que la femme ne peut pas directement assigner son mari. Elle doit, après lui avoir fait une sommation destinée à constater son refus, obtenir du président du tribunal, la permission de le faire citer à la chambre du conseil.

[33] Req. rej., 1er mars 1858, Sir., 58, 1, 452. Civ. cass., 4 mai 1863, Sir., 63, 1, 424.

testation, l'autorisation dont elle a besoin [34]. Il en est ainsi, en instance d'appel ou devant la Cour de cassation, comme en première instance [35].

Au contraire, lorsque la femme est défenderesse, les règles de compétence et les formes de procéder tracées par les art. 219 du Code civil, 861 et 862 du Code de procédure, ne sont plus applicables. C'est au demandeur qu'incombe, en pareil cas, l'obligation de faire autoriser la femme. Il lui suffit, à cet effet, en assignant celle-ci, d'assigner en même temps le mari aux fins d'autorisation, devant le tribunal auquel la contestation doit être soumise. Si ce dernier fait défaut ou refuse l'autorisation, elle s'accorde, sur les conclusions du demandeur, par le jugement qui statue sur la demande principale [36]. Art. 218.

[Il en serait ainsi, dans une procédure d'ordre judiciaire à laquelle la femme produirait sans l'autorisation de son mari. Ce serait au poursuivant à demander cette autorisation pour elle, et la sommation par lui faite au mari d'être présent à l'ordre ouvert sur le prix de ses biens ne saurait être considérée comme une mise en demeure suffisante d'autoriser sa femme [36] *bis*.]

b. En thèse générale, l'autorisation doit émaner du

[34] *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 151, n° 12). Proudhon, I, p. 469. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VIII, n° 2. Carré, *Lois de procédure*, III, quest. 2909. Demolombe, IV, 250. Paris, 24 avril 1843, Sir., 43, 2, 264. — Il en serait cependant autrement, si le mari n'avait en France ni domicile ni résidence connus. Besançon, 20 mai 1864, Sir., 64, 2, 146.

[35] Civ., rej., 27 mars 1846, Sir., 46, 1, 747. Lyon, 7 janvier 1848, Sir., 50, 2, 464. Bordeaux, 4 avril 1849, Sir., 50, 2, 463. Bordeaux, 3 mars, 24 mai et 11 août 1851, Sir., 51, 2, 424, 707 et 757. Voy. en sens contraire : Demolombe, IV, 262 et 263; Req. rej., 2 août 1853, Sir., 55, 1, 211; Rouen, 29 décembre 1856, Sir., 57, 2, 134. Cpr. aussi : Req. rej., 25 janvier 1843, Sir., 43, 1, 247.

[36] *Exposé de motifs* (Locré, *op. et loc. citt.* Merlin. *op. et v° citt.*, sect. VIII, n° 7). Demolombe, IV, 266 à 269. Civ. rej., 7 octobre 1811, Sir., 12, 1, 10. Civ. cass., 17 août 1813, Sir., 13, 1, 444. Req. rej., 16 janvier 1838, Sir., 38, 1, 225. Civ. cass., 5 avril 1840. Sir., 40, 1, 768. Req. rej., 25 janvier 1843, Sir., 43, 1, 247, Orléans, 5 mars 1849, Sir., 49, 2, 638. Req. rej., 10 mars 1858, Sir., 58, 1, 449.

[[36] *bis*. Aix, 28 janvier 1871, Sir., 1872, 2, 110.]

mari; et ce n'est que sur le refus de ce dernier que la justice peut donner à la femme l'autorisation qui lui est nécessaire [37].

Mais il est des cas exceptionnels dans lesquels la justice est appelée à exercer, en place du mari, le droit d'autorisation.

Il en est ainsi, en premier lieu, lorsque, par suite de l'absence de ce dernier, la femme se trouve dans l'impossibilité de requérir son autorisation [38]. Art. 222 [39].

Il en est ainsi, en second lieu, dans le cas où, pour cause d'incapacité personnelle, le mari se trouve privé du droit d'autorisation.

Le mari est incapable d'autoriser sa femme, en quelque matière et pour quelque acte que ce soit, lorsqu'il est interdit, ou lorsque, sans être interdit, il est retenu dans une

[37] Demolombe, IV, 212. Toulouse, 18 août 1827, Sir., 29, 2, 237.

[38] La forme à suivre, en pareil cas, pour obtenir l'autorisation, est celle que trace l'art. 863 du Code de procédure. Bordeaux, 13 janvier 1869, Sir., 69, 2, 212.

[39] D'après la discussion au Conseil d'État (Locré, *Lég.*, IV, p. 399 et 400, n° 40), le mot *absent*, dont se sert l'art. 222, s'appliquerait au non-présent, comme à l'absent proprement dit. C'est aussi ce qu'enseignent la plupart des auteurs. Cpr. Maleville, I, p. 232; Toullier, II, 651; Duranton, II, 506; Demolombe, IV, 214. Voy encore : Agen, 31 juillet 1806, Sir., 7, 2, 790. Toutefois il a été jugé (Colmar, 31 juillet 1810, Sir., 11, 2, 206. Req. rej., 15 mars 1837, Sir., 37, 1, 547), et avec raison, selon nous, que, si le mari est simplement éloigné de son domicile, sans que son existence soit incertaine, la femme ne peut se pourvoir, aux fins d'autorisation judiciaire, dans les formes indiquées par l'art. 863 du Code de procédure, mais qu'elle doit suivre, comme au cas de refus, les formes tracées par les art. 861 et 862 du même Code. En effet, quelle que soit l'acception que les rédacteurs du Code Napoléon aient voulu attribuer au mot *absent*, dans l'art. 222, on est forcé de reconnaître, d'après la rédaction restrictive de l'art. 863 du Code de procédure, qu'en traçant les formes à suivre pour obtenir l'autorisation du juge, les rédacteurs de ce dernier Code n'ont pas cru devoir assimiler le cas où le mari est simplement éloigné de son domicile, à celui où il est absent dans le sens propre de cette expression. Cpr. de Moly, *Traité des absents*, n°s 738 à 746; Marcadé, sur l'art. 222.

maison d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838[40]. Art. 222[41].

Le mari condamné, contradictoirement ou par contumace, à une peine afflictive ou à la peine infamante du bannissement, est, pendant la durée de sa peine et durant l'état de contumace, frappé de la même incapacité[42]. Art. 221.

Le mineur est incapable d'autoriser sa femme, si ce n'est relativement aux affaires de la nature de celles qu'à raison de son émancipation, il peut traiter par lui-même et sans l'assistance de son curateur[43]. Art. 224[44].

[40] Suivant l'économie générale de cette loi, les personnes retenues dans un établissement d'aliénés sont placées dans une position, sinon identique, du moins analogue à celle des interdits. Cpr. § 127 *bis*, texte n° 2, et note 33.

[41] Cpr. sur la procédure à suivre par la femme qui veut, en pareil cas, se faire autoriser par justice : Code de procédure, art. 864, Poitiers, 17 juin 1846, Sir., 47, 2, 16. — La marche tracée par cet article doit, par voie d'analogie, être également adoptée, lorsque le mari a été condamné à une peine afflictive, ou à la peine infamante du bannissement.

[42] Cpr. Code pénal, art. 7 et 8. — Après l'expiration de sa peine, le mari est relevé de cette incapacité, indépendamment de toute réhabilitation. L'opinion contraire, enseignée par Delvincourt, I, p. 164, et vers laquelle semble incliner Zachariæ, § 472, texte et note 32, est formellement condamnée par le texte de l'art. 221 et par l'art. 34 du Code pénal, duquel il résulte, par arg. *a contrario*, que la dégradation civique n'entraîne pas par elle-même déchéance des droits qui découlent de la puissance maritale. Duranton, II, 507, Vazeille, II, 347. Valette, sur Proudhon, I, p. 470, note *a*. Demolombe, IV, 216. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 377. Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales*, n° 303.

[43] Cette exception, que l'art. 224 ne rappelle pas expressément, résulte du principe même sur lequel repose la disposition de cet article. *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré, *Lég.*, IV, p. 524, n° 68). Delvincourt, I, p. 183. Toullier, II, 653. Zachariæ, § 472, texte et note 31. Au surplus, la question n'est pas aussi importante qu'on pourrait le croire, puisque la capacité du mineur émancipé est, en général, restreinte aux actes d'administration, et que, pour la passation de ces actes, la femme qui jouit de l'administration de ses biens n'a besoin d'aucune autorisation. Cpr. Duranton, II, 504 et 505 ; Vazeille, II, 349 ; Demolombe III, 221.

[44] C'est encore dans les formes indiquées par l'art. 864 du Code de procédure que la femme doit, en pareil cas, se pourvoir aux fins

Enfin, celui qui a été pourvu d'un conseil judiciaire ne peut autoriser sa femme quant aux actes qui rentrent dans la catégorie de ceux pour la validité desquels il doit être assisté de son conseil[45]. Arg. art. 222 et 224. [Mais le failli, conservant l'exercice de tous les droits attachés à sa qualité de mari ou de père, conserve celui d'autoriser sa femme dans les conditions du droit commun[45] *bis*.]

Du reste, rien n'empêche que le mari n'autorise valablement sa femme, soit à passer avec des tiers des actes à la conclusion desquels il serait personnellement intéressé[46],

d'autorisation judiciaire. Carré, *Lois de la procédure civile*, III, quest. 2925. Cependant, le juge fera bien de ne statuer sur la demande de la femme que le mari entendu ou dûment appelé. Toullier, II, 653. Vazeille, II, 348. Carré, *op. et loc. citt.* Demolombe, IV, 253, Zachariæ, *loc. cit.*

[45] Cpr. art. 499 et 513. § 139. Comment, en effet, le mari pourrait-il autoriser sa femme à passer un acte qu'il est lui-même incapable de faire? *Exposé de motifs*, par Portalis (Locré. *Lég.*, IV, p. 524, nº 68). Demolombe, IV, 226. Zachariæ, § 472, note 33. Civ. cass., 11 août 1840, Sir., 40, 1, 858. Rennes, 7 décembre 1840, Sir., 41, 2, 423. Bordeaux, 16 juin 1869, Sir., 69, 2, 316. Voy. cep. en sens contraire : Duranton, II, 506. — D'après M. Magnin (*Des minorités*, I, 909), dont l'opinion a été adoptée par un arrêt de la Cour de Paris, en date du 27 août 1833 (Sir., 33, 2, 562), le mari, pourvu d'un conseil judiciaire, ne serait pas absolument incapable d'autoriser sa femme; mais il ne pourrait le faire qu'avec l'assistance de son conseil. Cpr. aussi : Paris, 13 novembre 1866, Sir., 67, 2, 324. Cette opinion intermédiaire nous paraît contraire à l'esprit général de notre législation, qui veut que la femme soit autorisée par la justice, lorsque son mari est incapable de l'autoriser lui-même.

[[45] *bis*. Bordeaux, 29 février 1888, Sir., 1889, 2, 125. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, II, 653, note. *Traité de droit commercial*, VII, nº 208 *quater*. Percerou, *Faillites* (*Coll.* Thaller), I, nº 542. Le dessaisissement n'est que l'une des manifestations du droit de gage des créanciers : il ne se rattache à aucune idée d'incapacité dans la personne du failli. Voy. pour l'application de cette doctrine au concordat, Chambéry, 10 novembre 1877, Sir., 1878, 2, 5.]

[46] Cpr. art. 1419 et 1431; et la note suivante. Duranton, II, 471. Vazeille, II, 360. Demolombe, IV, 232, Gênes, 30 août 1811, Sir., 12, 2, 181. Civ. cass., 13 octobre 1812, Sir., 13, 1, 143. — Il en est ainsi, même dans les cas prévus par l'art. 1427 : cet article n'exige l'autorisation de justice qu'à défaut de celle du mari. Duranton, II, 472. Civ. rej., 8 novembre 1814, Sir., 15, 1, 113.

soit à traiter avec lui-même des affaires dans lesquelles les deux époux figureraient seuls comme parties[47]. Le mari peut donc autoriser sa femme à conclure avec lui un contrat de vente, dans les cas indiqués par l'art. 1595[48], et à accepter un mandat qu'il lui confère[49].

4° Des conditions auxquelles se trouvent subordonnées la validité et l'efficacité de l'autorisation maritale.

a. L'autorisation maritale n'est pas à considérer comme une formalité nécessaire à la validité extrinsèque des actes

[47] Le législateur n'a pas, dans la matière qui nous occupe, pris en considération les intérêts individuels de la femme. Si les droits du mari ont été respectés, si les intérêts matrimoniaux ont été garantis, le but de la loi est atteint. Cpr. note 5 *suprà*. La maxime *Nemo potest esse auctor in rem suam* est donc inapplicable à l'autorisation maritale. Pothier, *op. cit.*, n° 42. Delvincourt, I, p. 159. Marcadé, sur l'art. 224, n° 2. Demolombe, IV, 234 à 236. Zachariæ, § 472, texte et note 35. Nîmes, 9 février 1842, Sir., 46, 1, 604. Grenoble, 11 mars 1851, Sir., 51, 2, 627. Cpr. cep. Req. rej., 14 février 1810, Sir., 10, 1, 189. D'après Duranton (II, 471 à 473), il faudrait, en distinguant les affaires qui se traitent uniquement entre les deux époux, des actes que la femme passe avec des tiers dans l'intérêt de son mari, appliquer aux premières la maxime ci-dessus citée. Mais cette distinction, que le savant auteur paraît avoir puisée dans les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 octobre 1812, rappelé à la note précédente, est complètement arbitraire, puisqu'elle ne résulte ni de la lettre, ni de l'esprit de la loi, et que le motif meme sur lequel on paraît l'appuyer, n'est rien moins que concluant. La femme court tout autant de dangers, lorsqu'elle traite avec des tiers dans l'intérêt de son mari, que quand elle contracte avec ce dernier personnellement. Si donc l'autorisation maritale était requise en faveur de la femme, le mari devrait, tout aussi bien dans le premier cas que dans le second, être privé du droit de le donner. Cpr. le décret du 17 mai 1809, qui permet à la femme de constituer un majorat en faveur de son mari, avec l'autorisation de ce dernier, et la note suivante.

[48] Duranton (II, 473) adopte, par exception au principe général qu'il pose, notre manière de voir sur ce point. En admettant arbitrairement cette exception, cet auteur se réfute lui-même.

[49] Si la femme mariée sous le régime de la communauté n'est pas tenue envers son mari, qui lui a confié l'administration de ses affaires personnelles ou la gestion de celles de la communauté, de toutes les obligations que l'acceptation d'un mandat impose au

de procédure ou des autres actes juridiques dans lesquels la femme est partie. Elle n'est exigée que comme manifestation de l'approbation donnée par le mari aux affaires que la femme ne peut traiter à elle seule, à raison de l'incapacité dont elle se trouve frappée[50]. La validité de l'autorisation maritale n'est donc subordonnée qu'aux conditions requises pour la validité de tout consentement en général; et, par suite, cette autorisation peut être donnée, soit expressément, soit tacitement[51], [soit même par l'intermédiaire d'un mandataire [51] *bis*.]. Art. 217 et arg. de cet article.

mandataire, ce n'est point en vertu de la règle *Nemo potest esse auctor in rem suam*, c'est parce que le mari ne peut se soustraire aux conséquences qu'entraîne pour lui sa qualité de chef de la communauté, et que la femme ne peut renoncer aux garanties que la loi lui accorde à ce sujet. Cpr. § 509, texte n° 4, lett. *c*.

[50] Suivant la jurisprudence admise dans la plupart des pays coutumiers, l'autorisation maritale devait être expresse en matière extrajudiciaire : elle était requise *ad formam negotii*, et s'appréciait, assez ordinairement, d'après l'analogie des dispositions qui régissent, en Droit romain, l'autorisation tutélaire. Cpr. §§, *Inst. de auct. tut.* (1, 21), Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI. Les rédacteurs du Code Napoléon sont partis d'un tout autre point de vue. Ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, c'est que, par l'art. 217, ils ont admis comme suffisante l'autorisation tacite résultant du concours du mari dans l'acte juridique passé par la femme, et que d'ailleurs ils se sont indifféremment servis des expressions *autorisation* et *consentement*, pour désigner l'approbation donnée par le mari aux affaires traitées par la femme. Voy. art. 217, 934, 1426, 1449, 1535 et 1538, cbn. art. 215 à 226, 776 et 1576, Code de commerce, art. 4, cbn. art 5. Cpr. Toullier, II, 618; Demolombe, IV, 190; Req. rej., 14 novembre 1820, Sir., 21, 1, 312. C'est donc à tort que quelques commentateurs se sont, dans l'interprétation des dispositions du Code sur l'autorisation maritale, attachés aux idées reçues sur cette matière dans le Droit coutumier. Cpr. note 118 *infrà*.

[51] Toullier, II, 663. Proudhon, II, p. 466. Demolombe, IV, 192. Zachariæ, texte et note 40 *bis*. Req. rej., 20 novembre 1865, Sir., 66, 1, 14.

[[51] *bis*. En ce sens, notamment, que le mari pourrait donner mandat à un tiers, dans la mesure dans laquelle il lui serait permis d'autoriser directement sa femme pour une série d'actes juridiques distincts (cpr. note 68 *infrà*), d'autoriser sa femme, en son lieu et place, spécialement et séparément pour chacun de ces actes juridiques seulement. Cpr. Cass., 27 mars 1907, Sir., 1909, 1, 33, et la note de M. Charmont.]

L'autorisation expresse peut, elle-même, être écrite ou verbale[52]. Mais, en général, la preuve testimoniale n'est pas admissible pour établir l'existence d'une autorisation verbale, lors même qu'on prétendrait qu'elle est intervenue à l'occasion d'un acte juridique d'une valeur inférieure à 150 francs[53].

Du reste, l'autorisation peut être donnée par acte sous seing privé, même dans le cas où l'acte juridique que la femme se proposerait de passer devrait, pour sa validité, être constaté par un acte authentique[54].

[52] Nous fondons cette proposition, d'une part, sur ce que le consentement du mari à l'acte passé par la femme vaut autorisation, et, d'autre part, sur ce que le consentement n'est, en général, soumis [pour] sa manifestation à aucune formalité extrinsèque. Les expressions finales de l'art. 217 ne contrarient pas notre manière de voir, car elles sont plutôt explicatives que restrictives, au point de vue qui nous occupe en ce moment. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler que la plupart des coutumes ne se contentaient pas d'une autorisation tacite, mais exigeaient une autorisation expresse, et que c'est principalement dans le but de déroger aux dispositions de ces coutumes, que les rédacteurs du Code ont inséré, dans l'art. 217, les mots *sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit*, voulant surtout exprimer par là que le concours du mari, c'est-à-dire une autorisation tacite, équivaut à son consentement par écrit, c'est-à-dire à une autorisation expresse. Enfin, l'on ne concevrait pas que, tout en admettant l'autorisation tacite, le législateur eût voulu rejeter l'autorisation expresse qui n'aurait pas été donnée par écrit. Zachariæ, § 472, note 40. Cpr. Paris, 28 juin 1851, Sir., 51, 2, 337.

[53] Si le législateur, en demandant dans l'art. 217, *un consentement par écrit*, n'a point eu pour but d'exiger l'écriture comme une condition de forme, nécessaire à la validité de l'autorisation, il paraît du moins avoir voulu proscrire, quelle que fût l'importance de l'acte juridique passé par la femme, la preuve testimoniale d'une autorisation qu'on prétendait avoir été donnée verbalement. Demolombe, IV, 193.

[54] Duranton, II, 446. Demolombe, IV, 194. Zachariæ, *loc. cit.* Voy. en sens contraire : Req. rej., 1er décembre 1846, Sir., 47, 1, 289. Cet arrêt juge que l'autorisation nécessaire à la femme pour faire une donation entre vifs doit être donnée par acte authentique, sur le fondement que cette autorisation constitue un des éléments de la donation. Mais ce motif ne nous paraît pas concluant : l'autorisation maritale, nécessaire pour compléter la capacité de la femme, est sans doute une des conditions intrinsèques de la validité de la

[La loi du 8 juin 1893 édicte des règles spéciales en ce qui concerne la forme dans laquelle l'autorisation peut être donnée par le mari, soit en temps de guerre sous les drapeaux (art. 1), soit au cours d'un voyage maritime (art. 2).]

L'autorisation tacite est, d'après une présomption légale qui n'admet pas de preuve contraire[55], attachée au concours du mari dans l'acte passé par la femme, peu importe que les intérêts des époux soient identiques ou opposés[56]. Art. 217. Mais le concours d'un mandataire du mari n'équivaut pas au concours personnel de celui-ci, lorsque la procuration ne renferme ni autorisation directe, ni pouvoir au mandataire d'autoriser la femme[57].

Il n'est pas absolument nécessaire que le mari ait personnellement figuré dans l'acte passé par la femme, pour qu'il puisse être considéré comme l'ayant tacitement autorisé. Une pareille autorisation résulterait suffisamment des faits qui établiraient, d'une manière non équivoque, la participation du mari à cet acte et sa volonté de l'approuver[58].

donation; mais, à notre avis, on ne peut la considérer comme un des éléments de la forme de cette dernière. D'ailleurs, l'art. 217, qui s'occupe spécialement des donations à faire par la femme, se contente pour ces actes, comme pour les actes à titre onéreux, du consentement par écrit du mari. Voy. aussi : art. 934 cbn 933.

[55] Cpr. Civ. cass., 22 mars 1831, Sir., 31, 1, 119.

[56] *Lex non distinguit.* Cpr. texte n° 3, lett. *b*, et notes 46 à 49 *suprà*; Demolombe, IV, 196. Voy. cep. Douai, 3 août 1846, Sir., 46, 2, 512.

[57] Civ. rej., 19 avril 1843, Sir., 43, 1, 393.

[58] L'art. 217 ne doit, pas plus en ce qui concerne l'autorisation tacite que relativement à l'autorisation expresse, être interprété d'une manière restrictive. Si le concours du mari emporte nécessairement autorisation, il ne s'ensuit pas que l'autorisation ne puisse résulter d'autres faits également concluants, dont l'appréciation doit être abandonnée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Cpr. Grenoble, 14 janvier 1830, Sir., 30, 2, 305; Bourges, 9 juillet 1831, Sir., 32, 2, 447. Paris, 14 mai 1846, Sir., 46, 2, 299; Paris, 23 février 1849, Sir., 49, 2, 145; Paris, 23 août 1851, Sir., 51, 2, 517; Paris, 9 juin 1857, Sir., 57, 2, 755. Voy. cep. Marcadé, II, sur l'art. 217, n° 4; Demolombe, IV, 197; Civ. cass., 26 juin 1839, Sir., 39, 1, 878. Nous ferons remarquer que M. Demolombe, en

Ainsi, par exemple, le mari qui tire une lettre de change sur sa femme l'autorise, par cela même, à l'accepter[59]. Ainsi encore la femme est tacitement autorisée à ester en justice, lorsque le mari intente une action contre elle[60], ou lorsque, sur l'action introduite, soit par les deux époux, soit contre eux, le mari figure, conjointement avec sa femme, dans les actes de la procédure[61].

D'un autre côté, la femme qui se livre au commerce au vu et au su de son mari, sans opposition de la part de ce dernier, est, par cela même, tacitement autorisée à exercer la profession de marchande publique[62].

Le seul fait que la femme aurait donné une déclaration de cautionnement au bas d'un billet souscrit par son mari ne prouverait pas, d'une manière suffisante, le con-

rejetant toute autorisation tacite qui ne résulterait pas du concours du mari dans l'acte, admet cependant l'existence d'une pareille autorisation pour le cas où il est impossible de reconnaître le concours du mari dans l'acte passé par la femme, et où on ne rencontre de sa part qu'une simple participation à cet acte. C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque le mari tire une lettre de change sur sa femme, ou intente une action contre elle. On ne peut dire, en effet, que le mari concourt *dans* l'acte d'acceptation de la femme, ou *dans* les actes de procédure faits à sa requête.

[59] Duranton, II, 518, note 2. Demolombe, IV, 196. Zachariæ, § 472, texte et note 43. Caen, 2 août 1814, Sir., 14, 2, 399. Paris, 2 février 1830, Sir., 30, 2, 173. Cpr. civ. rej., 17 janvier 1870, Sir., 70, 1, 217.

[60] *Exposé de motifs*, par Berlier (Locré, *Lég.*, XXIII, p. 151, n° 12). Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VII, n° 16. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 472, note 5. Nancy, 24 avril 1811, Sir., 12, 2, 443. Colmar, 14 janvier 1812, Sir., 12, 2, 442. Colmar, 12 décembre 1816, Sir., 18, 2, 190.

[61] Pothier, *op. cit.*, n° 75. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VI, § 1. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 462, texte et note 42. Turin, 20 messidor an XIII, Sir., 7, 2, 790. Req. rej., 10 juillet 1811, Sir., 11, 1, 344. Montpellier, 2 janvier 1811, Sir., 14, 2, 211. Civ. cass., 22 avril 1828, Sir., 28, 1, 208. Grenoble, 21 février 1832, Sir., 33, 2, 28. Req. rej., 3 juin 1835, Sir., 35, 1, 880.

[62] *Discussion au Conseil d'Etat* (Locré, *Lég.*, XVII, p. 151 et suiv., n° 4, p. 158 et suiv., n°s 2 à 5). Toullier, XII, 241. Duranton, II, 475. Demolombe, IV, 197 et 198. Zachariæ, § 472, texte et note 26, Req. rej., 14 novembre 1820, Sir., 21, 1, 312, Req. rej., 1er mars 1826, Sir., 26, 1, 323. Req. rej., 27 mars 1832, Sir., 32, 1, 366. Paris, 5 mars 1835, Sir., 35, 2, 137. Req. rej., 27 avril 1841, Sir., 41, 1, 385.

cours ou la participation du mari à cet engagement[63].

Du reste, lorsque la femme a été réellement autorisée, il n'est pas nécessaire qu'elle déclare agir en vertu de l'autorisation qui lui a été donnée[64].

b. L'autorisation n'est efficace qu'à la condition d'être spéciale[65], c'est-à-dire d'être donnée séparément, pour chaque procès, pour chaque acte juridique que la femme se propose de soutenir ou de passer. Arg. art. 215, 220, 223 et 1538.

Il résulte de cette règle que l'autorisation de faire des actes juridiques déterminés seulement par leur nature, sans que les objets ou les sommes sur lesquels ils devront porter soient spécifiés ou limités, ne serait pas suffisamment spéciale[66].

Il en ressort également que, si la femme avait donné à son mari le mandat de passer des actes juridiques, sans spécification des objets ou sans limitation des sommes sur lesquelles ils devront porter, l'autorisation tacite résultant de l'acceptation de ce mandat par le mari ne serait pas efficace faute de spécialité suffisante[67].

[63] Riom, 2 février 1810, Sir., 14, 2, 99. Cpr. Civ. cass., 2 avril 1829. Sir., 29, 1, 139. [Cpr. Cass., 22 février 1893, Sir., 1893, 1, 182.]

[64] Toullier qui enseigne l'opinion contraire (II, 647), en se fondant sur l'autorité de Pothier (*op. cit.*, n° 74) et de Lebrun (*op. et loc. citt.*, sect. IV, n° 17), a perdu de vue que l'autorisation maritale n'est plus aujourd'hui requise *ad formam negotii*, Demolombe, IV, 195.

[65] Une autorisation générale emporterait renonciation implicite aux droits de la puissance maritale, renonciation qui n'est pas même permise par contrat de mariage. Art. 1388.

[66] C'est ce qui aurait lieu, par exemple, si la femme avait été autorisée, d'une manière indéterminée ou illimitée, soit à aliéner ou à hypothéquer ses immeubles, soit à contracter des emprunts. Metz, 31 janvier 1850, Sir., 53, 2, 399. Caen, 27 janvier 1851, Sir., 51, 2, 428. Voy. en sens contraire : Paris, 12 décembre 1829, Sir., 30, 2, 322. — Suivant M. Demolombe, il faudrait aller plus loin encore, et ne reconnaître, comme suffisamment spéciale, que l'autorisation qui aurait été donnée en vue d'un acte à passer à une époque déterminée, et après examen des principales conditions de cet acte. Mais, en émettant cette opinion, notre savant collègue nous paraît exagérer les exigences de la loi, et dépasser le but qu'elle a voulu atteindre en proscrivant l'autorisation générale.

[67] En vain dirait-on qu'un pareil mandat est un mandat spécial

Au surplus, rien n'empêche que, par un même acte instrumentaire, le mari n'autorise sa femme à faire plusieurs actes juridiques spécialement désignés[68].

La spécialité de l'autorisation est indispensable dans le cas même où la femme a conservé, soit d'après les dispotions de la loi relatives au régime sous lequel elle s'est mariée, soit en vertu d'une clause de son contrat de mariage, la jouissance et l'administration de tout ou partie de sa fortune. Bien qu'elle n'ait pas, en pareil cas, besoin de l'autorisation de son mari, quant aux actes qui sont une conséquence de son droit d'administration, elle n'en doit pas moins, en ce qui concerne tous autres actes, être autorisée pour chacun d'eux en particulier, sans que, par une stipulation contraire insérée au contrat de mariage, elle puisse, relativement à tel ou tel de ces actes, se soustraire à la nécessité d'une autorisation spéciale[69]. Art. 223 cbn. 1538.

dans le sens de l'art. 1987. Cela est vrai ; mais autre chose est la spécialité du mandat, autre chose la spécialité de l'autorisation nécessaire à la femme pour conférer un mandat. Le caractère de spécialité doit s'apprécier *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire selon l'esprit des dispositions législatives qu'il s'agit d'appliquer. Demolombe, IV, 210. Pont, *Des petits contrats*, I, 906. Zachariæ, § 472, texte et note 45 *bis*. Req. rej., 18 mars 1840, Sir., 40, 1, 201. Req. rej., 19 mai 1841, Sir., 41, 1, 60. Civ. cass., 18 juin 1844, Sir., 44, 1, 492. Bordeaux, 9 décembre 1847, Sir., 48, 2, 537. Civ. rej., 15 février 1853, Sir., 53, 1, 145. Civ. cass., 10 mai 1853, Sir., 53, 1, 572. Voy. cep. Chambéry, 18 février 1861, Sir., 61, 2, 282. Quelques-uns des arrêts que nous venons de citer en faveur de notre opinion sont principalement fondés sur l'art. 1987 et les règles du mandat. Mais, à notre avis, ce sont bien moins ces règles que celles de l'autorisation maritale, qui doivent servir de solution à la question.

[68] Zachariæ, § 472, note 46 *in principio*. Cpr. aussi : Req. rej., 10 novembre 1862, Sir., 63, 1, 145.

[69] Cette manière d'entendre l'art. 223 nous paraît ressortir de sa combinaison avec les articles 1428, 1449, 1531, 1534, 1536, 1576, et surtout avec l'art. 1538. Lorsque le mari est, en vertu du régime sous lequel les époux se trouvent placés, chargé de l'administration de tout ou partie des biens de la femme, et qu'il donne à celle-ci le pouvoir de faire un ou plusieurs actes relatifs à cette administration, ce pouvoir constitue un mandat, et non une autorisation (*hoc sensu*). Dès lors, l'art. 223 est étranger à cette hypothèse, qui se

Par exception à la règle ci-dessus posée, la femme qui exerce, du consentement [même tacite[69] *bis*] de son mari[70], la profession de marchande publique[71], peut, sans

trouve régie par les principes du mandat. Toullier, II, 644. Duranton, II, 448. D'un autre côté, la femme qui, en vertu de son contrat de mariage, ou par suite d'une séparation de biens judiciaire, a conservé ou repris l'administration de tout ou partie de ses biens, jouit, *ipso jure*, du droit de faire, sans l'autorisation de son mari, tous les actes rentrant dans la classe de ceux qui, d'après les art. 1449, 1534, 1536 et 1576, sont une conséquence de son droit d'administration. Ainsi, il ne peut, en pareil cas, être question d'autorisation, soit générale, soit spéciale : la loi n'en exige aucune. Quelle est donc, en définitive, l'hypothèse à laquelle s'applique l'art. 223, et quel est le but de cet article ? Il suppose que la femme se trouve valablement investie du droit d'administrer tout ou partie de ses biens; et il a pour objet de proscrire, même dans cette hypothèse, toute convention matrimoniale par laquelle le mari donnerait à la femme l'autorisation générale de passer des actes qu'elle n'aurait pas le pouvoir de faire en vertu de son droit d'administration. Zachariæ, § 472, note 46. Civ. cass., 24 février 1841, Sir., 41, 1, 315. — *Quid* si le contrat de mariage renfermait autorisation pour la femme de vendre un immeuble déterminé? Voy. rej., 14 décembre 1840, Sir., 40, 1, 954.

[[69] *bis*. Cass., 24 juillet 1883, Sir., 1885, 1, 72.]

[70] La justice peut-elle, en cas d'absence ou d'incapacité du mari, autoriser la femme à faire le commerce? Cette question, assez délicate, nous paraît devoir être résolue négativement, tant d'après la combinaison des art. 4 et 5 du Code de commerce avec les art. 218, 219, 220, 222 et 224 du Code Napoléon, que d'après l'ensemble de la discussion à laquelle a donné lieu, au Conseil d'État, le principe posé dans le premier de ces articles. Cpr. Locré, *Lég.*, XVIII, p. 132 et suiv., nos 2 à 4; p. 151 et suiv., no 4; p. 158 et suiv., nos 2 et 3. Si cependant on voulait admettre que le juge peut, en cas d'absence ou d'incapacité du mari, autoriser la femme à faire le commerce, on serait toujours forcé de reconnaître que la femme ainsi autorisée n'engagerait ni les biens du mari, ni même ceux de la communauté. Arg. art. 220; Code de commerce, art. 5. Cpr. Duranton, II, 477; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, II, 813; Marcadé, sur l'art. 220, no 2; Demolombe, IV, 320.

[71] Il n'est pas nécessaire, pour qu'une femme soit marchande publique, qu'elle tienne boutique ouverte; il suffit qu'elle fasse habituellement des actes de commerce. Code de commerce, art. 1. Zachariæ, § 472, note 21. Paris, 21 novembre 1812, Sir., 13, 2, 269. Mais la femme n'est pas marchande publique, lorsqu'elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari. Art. 220, al. 2. Code de commerce, art. 5, al. 2. Elle n'est, en pareil cas, que

autorisation spéciale, faire tous les actes relatifs à son commerce[72], et même hypothéquer ou aliéner, pour ses affaires commerciales[73], ses immeubles autres que ceux qui ont été constitués en dot sous le régime dotal. Art. 220 cbn. Code de commerce, art. 4, 5 et 7.

Mais, conformément à la règle générale, la femme marchande publique ne peut, sans autorisation spéciale, ester en justice, même dans les contestations relatives à son commerce. Art. 215. [[73] *bis*]

[Il semble d'ailleurs que, même avant la loi du 13 juil-

mandataire de ce dernier. Ce n'est donc pas d'après les principes de l'autorisation maritale, mais d'après ceux du mandat, que se déterminent l'étendue de ses pouvoirs et les effets de ses actes. Cpr. aussi : Req. rej., 3 août 1859, Sir., 59, 1, 801.

[72] Cpr. Code de commerce, art. 632, 633 et 638, al, 2; Toullier, XII, 248 à 250; Vazeille, II, 332; Demolombe, VI, 295 à 299. — Mais une autorisation spéciale lui est nécessaire pour tous les actes autres que des actes de commerce. Ainsi, elle ne peut, sans une pareille autorisation, ni contracter une société, même commerciale (Lyon, 28 juin 1866, Sir., 67, 2, 146), ni céder une indemnité d'expropriation (Paris, 10 mars 1868, Sir., 68, 2, 114).

[73] Et non pour ses autres affaires. L'art. 7 du Code de commerce n'est qu'une conséquence du principe posé par l'art. 5 du même Code. La capacité que le premier de ces articles confère à la femme d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles doit donc être restreinte dans les limites indiquées par le second. Toullier, XII, 261. Cpr. Req. rej., 8 septembre 1814, Sir., 15, 1, 39. — Est-ce au créancier ou à l'acquéreur, qui défend la validité de la constitution hypothécaire ou de la vente, à justifier qu'elle a eu lieu pour le commerce de la femme, ou bien est-ce à la personne qui attaque le contrat à établir le contraire? La dernière opinion nous paraît préférable : la présomption est, en effet, que le commerçant qui hypothèque ou qui aliène ses immeubles cherche à se procurer, par ces moyens, les fonds dont il a besoin pour son commerce. Code de commerce, art. 632, al. 7, art. 638, al. 2, et arg. de cet article. Mais cette présomption peut être combattue par toute espèce de preuves contraires. Cpr. en sens divers sur cette question : Toullier, XII, 249-252; Bellot des Minières, *Traité du contrat de mariage*, I, p. 263; Delvincourt, I, p. 167; Duranton, II, 483; Marcadé, sur l'art. 220, n° 3; Valette, sur Proudhon, I, p. 460, note *a*, II; Demolombe, IV, 300 et 302; Zachariæ, § 472, note 23.

[[73] *bis*. Réserve faite, bien entendu, de l'application de la loi du 13 juillet 1907, art. 6, pour le cas où le fonds de commerce de la femme ferait partie de ses biens réservés. Cpr. § 500 *bis*].

let 1907, sur le libre salaire de la femme mariée, à plus forte raison et certainement depuis la promulgation de cette loi, le mari puisse donner à la femme l'autorisation de prendre une profession déterminée[73] *ter*, sans qu'il soit nécessaire que son autorisation intervienne ensuite spécialement, à l'occasion de chacun des actes juridiques que l'exercice de cette profession suppose. Mais il reste bien entendu que la femme ne pourrait prendre une profession sans y être autorisée par son mari, quels que soient les droits nouveaux qui résultent pour elle de la loi du 13 juillet 1907[73] *quater*.]

5° *De l'étendue de l'autorisation, et de la faculté de la révoquer.*

a. L'étendue de l'autorisation accordée à la femme, soit par son mari, soit par la justice, s'apprécie d'après les termes dans lesquels elle a été donnée, expliqués, en cas d'obscurité ou d'ambiguïté, suivant les règles ordinaires de l'interprétation[74].

Toutefois, l'autorisation ne doit pas être strictement renfermée dans les limites que semblent lui assigner les termes dont on s'est servi pour l'accorder, elle s'étend virtuellement aux antécédents et aux suites nécessaires de l'affaire pour laquelle elle a été donnée[75].

Ainsi, la femme autorisée à former une demande en justice est, par cela même, suffisamment autorisée à tenter la conciliation préalable à l'introduction de la demande[76].

Ainsi encore, la femme à laquelle a été donnée l'auto-

[[73] *ter*. Par exemple la profession théâtrale, Cass., 11 novembre 1907. Sir., 1908, 1, 225.]

[[73] *quater*. Cpr. § 500 *bis*, note 3.]

[74] Zachariæ, § 472, texte et note 47.

[75] Qui veut la fin, veut les moyens; qui approuve la cause, approuve les effets. Demolombe, IV, 291, 292 et 294. Cpr. Poitiers, 28 février 1834. Sir., 34, 5, 167; Civ. rej., 20 juillet 1835, Sir., 35, 1, 610; Civ. rej., 20 juin 1842, Sir., 42, 1, 975; Civ. cass., 21 janvier 1854, Sir., 55, 1, 127. Voy. aussi : § 386, texte n° 1, *in fine*, et note 24.

[76] Merlin, *Rép.*, v° Bureau de conciliation, n° 4. Duranton, II, 452. Demolombe, IV, 291. Zachariæ, § 472, note 4. Civ. cass., 3 mai 1803, Sir., 8, 1, 310.

risation de plaider est censée avoir reçu celle d'acquiescer au jugement rendu contre elle[77].

A plus forte raison, une pareille autorisation est-elle suffisante pour habiliter la femme à faire exécuter le jugement rendu à son profit[78]. Spécialement, la femme autorisée à demander la séparation de biens est virtuellement autorisée à poursuivre l'exécution du jugement qui l'a prononcée[79], à introduire, à cet effet, toute action pour le recouvrement de sa dot et de ses reprises[80], et même à former dans ce but une surenchère sur les biens vendus par le mari, ou expropriés contre lui[81].

Enfin, la femme autorisée à introduire une demande ou à interjeter appel d'un jugement, l'est, par cela même, à former opposition au jugement ou à l'arrêt par défaut, rendu contre elle[82].

Mais la femme autorisée, soit à former une action, soit à défendre à une demande dirigée contre elle, ne l'est pas, du moins en général, à attaquer ou à soutenir en instance d'appel le jugement rendu en première instance[83]; et la

[77] Req. rej., 7 décembre 1863, Sir., 64, 1, 12.

[78] Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VIII, n° 4.

[79] Demolombe, IV, 292. Poitiers, 4 mars 1830, Dalloz, 1830, 2, 282. Nîmes, 12 juillet 1831, Sir., 31, 2, 220. Req. rej., 11 avril 1842, Sir., 42, 1, 315.

[80] Riom, 27 mai 1867, Sir., 69, 1, 300.

[81] Voy. les autorités citées à la note 62 *in fine* du § 294.

[82] Demolombe, IV, 287. Montpellier, 6 mai 1828, Sir., 29, 2, 18.

[83] Delvincourt, I, p. 157. Duranton, II, 459. Chardon, *Puissance maritale*, n° 103. Taulier, I, 345. Mimerel, *Revue critique*, 1858, XII, p. 111, n° 3. Aix, 3 mai 1827, Sir., 28, 2, 346. Civ. cass., 5 août 1840, Sir., 40, 1, 768 à 770. Civ. cass., 31 mai 1841, Sir., 41, 1, 315. Civ. cass., 4 mars 1845, Sir., 45, 1, 356. Civ. cass., 15 décembre 1847, Sir., 49, 1, 293. Civ. cass., 18 août 1857, Sir., 59, 1, 253. Voy. en sens contraire : Magnin, *Des minorités*, II, 1401; Poitiers, 21 mars 1827, Sir., 28, 2, 22; Riom, 30 mars 1839, Sir., 39, 2, 513. Cpr. aussi : Demolombe, IV, 285 à 287, et 290; Req. rej., 15 mars 1848, Sir., 48, 1, 285; Rouen, 29 février 1856, Sir., 57, 2, 734. L'auteur cité en dernier lieu soumet la solution à diverses distinctions. Quant à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1848, il a jugé que la femme demanderesse, dûment autorisée en première instance, n'a pas besoin de nouvelle autorisation, lorsqu'elle est intimée en appel

femme autorisée à ester en instance d'appel ne l'est pas, par cela seul, à se pourvoir en cassation, ou à défendre au pourvoi formé contre elle[84].

Toutefois, la femme autorisée, conformément à l'art. 878 du Code de procédure, à procéder sur une demande en séparation de biens n'a pas besoin d'une autorisation nouvelle pour interjeter appel du jugement qui a rejeté sa demande[85].

b. Le mari a la faculté de révoquer l'autorisation par lui accordée, aussi longtemps que l'affaire à l'occasion de laquelle il l'a donnée n'est pas consommée[86].

Il jouit de la même faculté en ce qui concerne l'autorisation qu'il a donnée à sa femme de faire le commerce. Mais si la révocation était faite d'une manière arbitraire et à contre-temps, il appartiendrait aux tribunaux de la déclarer sans effet[87].

Le mari peut révoquer l'autorisation accordée par la justice à raison de son absence ou de son incapacité, qui depuis aurait cessé, aussi bien que celle qu'il a lui-même donnée[88]. Mais il n'est pas admis à révoquer l'autorisation

[84] Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, II, 460. Civ. cass., 25 mars 1812, Sir., 12, 1, 317. Civ. rej., 14 juillet, 1819, Sir., 19, 2, 407. Cpr. Civ. cass., 2 août 1820, Sir., 21, 1, 35. Voy. cep. Demolombe, IV, 288 et 290.

[85] Req. rej., 23 novembre 1864, Sir., 65, 1, 320.

[86] Toullier, XII, 257. Demolombe, IV, 322. Zachariæ, § 472, texte et note 47 *bis*.

[87] Ces deux propositions ressortent nettement de la discussion au Conseil d'État sur l'art. 5 du Code de commerce (Locré, *Lég.*, XVII, p. 51 et suiv., nº 4). Cpr. Toullier, XII, 257 à 259; Demolombe, IV, 323. [Cpr. Cass., 11 nov. 1907, Sir., 1908, 1, 225. Dans l'hypothèse où le mari a donné à sa femme l'autorisation de faire le commerce et, plus généralement, de se livrer à une profession quelconque (cpr. notes 73 *ter* et 73 *quater*, *suprà*), c'est-à-dire une autorisation qui présente un certain caractère de généralité, la révocation doit-elle nécessairement présenter le même caractère de généralité que l'autorisation elle-même, ou bien peut-elle ne viser que certains actes déterminés, relatifs à l'exercice de la profession, qui reste ainsi, dans son ensemble, autorisée? Cpr. la note de M. Charmont, sous l'arrêt précité de la Cour de Cassation, du 11 nov. 1907, Sir., 1908, 1, 225.]

[88] La justice ne faisant, en pareilles circonstances, que remplacer

donnée par la justice sur son refus; il devrait, pour en arrêter l'effet, et la faire rapporter le cas échéant, se pourvoir par appel contre le jugement qui a autorisé la femme[89].

En aucun cas, la révocation ne peut porter atteinte aux droits acquis à des tiers, soit avant la révocation, soit même après, lorsqu'ils n'en ont point obtenu connaissance[90] et [90 *bis*]].

6° Des effets de l'autorisation.

Les effets de l'autorisation doivent être envisagés séparément, en ce qui concerne la femme, et en ce qui concerne le mari.

La femme mariée, autorisée, soit par son mari, soit par la justice, est, quant à sa capacité personnelle, à assimiler à une femme non mariée. Elle ne peut donc attaquer un acte juridique, sous prétexte que l'autorisation en vertu de laquelle elle l'a passé lui a été accordée contrairement à ses intérêts[91].

le mari, nous pensons que la révocation peut avoir lieu par un simple acte extrajudiciaire, sauf à la femme à se pourvoir contre la révocation, dans les formes qu'elle aurait eu à suivre si le mari avait refusé l'autorisation. Voy. cep. Demolombe, IV, 325. D'après cet auteur, le mari aurait en ce cas à faire rétracter, dans les formes indiquées par les art. 861 et suivants du Code de procédure, le jugement qui a autorisé la femme.

89 Suivant M. Demolombe, *loc. cit.*, le mari devrait encore, dans ce cas, se pourvoir suivant les formes tracées par les art. 861 et suivants du Code de procédure, devant le tribunal qui a autorisé la femme. Mais ce mode de procéder ne nous paraît pas régulier. Le tribunal, en autorisant la femme malgré le refus du mari, a statué sur une véritable contestation; et il serait contraire à tous les principes qu'il pût lui-même rétracter son jugement.

90 Arg. art. 1451 et 2009. Demolombe, IV, 326.

[90 *bis*. Le mari est-il un tiers au sens de l'art. 1328, lorsque l'engagement de la femme, antérieur, en fait, à la révocation de l'autorisation, est constaté par un acte sous seing privé qui n'a reçu date certaine qu'après cette révocation? Voy. § 756, note 127. Cpr. Cass., 11 nov. 1907, Sir., 1908, 1, 225.]

91 Pothier, *op. cit.*, n° 76; Demolombe, IV, 275; Zachariæ, § 472, texte, notes 48 et 49. — Mais rien n'empêche qu'elle ne l'attaque

Le mari n'est point, à raison de l'autorisation qu'il a donnée, et encore moins à raison de celle que le juge a accordée, obligé envers les tiers avec lesquels la femme a contracté ou plaidé[92].

Cette règle reçoit cependant exception dans les deux hypothèses suivantes :

a. Quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle[93]. Dans cette hypothèse, le mari est personnellement tenu, par le fait même de l'autorisation qu'il a donnée, des obligations que la femme a contractées avec cette autorisation[94], à moins qu'il ne s'agisse de l'acceptation d'une succession purement immobilière échue à la femme, ou de la vente d'un de ses immeubles propres[95].

b. Lorsque, sous tout autre régime que celui de la com-

pour toute autre cause. Vazeille, II, 355. Toullier, II, 655. Demolombe et Zachariæ. *locc. citt.*

[92] Le mari, en effet, ne devient pas, par son autorisation, partie dans le procès ou dans l'acte juridique soutenu ou passé par la femme. Arg. *a contrario*, art. 220, al. 1 et 1419. *Alias est rendere, alias est rendenti consentire*, L. 160. *D., de R. J.* (50, 17). *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, IV, p. 399, n° 37). Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. VII *bis*, n°s 1 et 5. Vazeille, II, 366 et 375. Duranton, II, 461. Demolombe, IV, 307. Troplong, *Du contrat de mariage*, II, 1050. Zachariæ, § 472, texte et note 50. Montpellier, 10 floréal an XIII, Sir., 5, 2, 68. Bordeaux, 30 mai 1816, Sir., 17, 2, 229. [Toutefois, si la femme était pourvue d'un conseil judiciaire, et que ce conseil judiciaire fût une autre personne que le mari (cpr. § 138, note 9 *bis*), il pourrait arriver qu'un conflit s'élevât entre le mari, disposé à autoriser sa femme à plaider, et le conseil judiciaire de sa femme, résolu à lui refuser l'autorisation : dans ce cas, le mari pourrait être personnellement condamné aux dépens de l'instance engagée irrégulièrement par sa femme. Rennes, 3 janvier 1880, Sir., 1882, 2, 174.]

[93] Vazeille, II, 359 ; Duranton, II, 480 ; Demolombe, IV, 310. Zachariæ, § 472, texte et note 50.

[94] Art. 220, 1409, n° 2, et 1419. Cette exception, qui prend sa source dans la nature même de la communauté, est fondée sur la combinaison des deux principes suivants : 1° la femme peut, comme copropriétaire du fonds commun, engager la communauté, avec le consentement de son mari ; 2° le mari est, comme chef de la communauté, personnellement tenu de toutes les obligations dont celle-ci est grevée. Cpr. § 509, texte n° 4, lett. *b*.

munauté, l'acte juridique passé ou le procès soutenu par la femme est de nature à intéresser également le mari, par exemple à raison de l'usufruit dont il jouirait sur les biens qui font l'objet de cet acte juridique ou de ce procès[96]. Si, dans cette hypothèse, le mari n'est pas, comme dans la précédente, personnellement tenu des engagements que la femme a contractés avec son autorisation, il est du moins obligé d'en souffrir l'exécution, même en ce qu'elle aurait de contraire ou de préjudiciable à ses intérêts[97].

Les effets exceptionnels que l'autorisation maritale produit dans les deux hypothèses précédentes ne sont point attachés à l'autorisation du juge. Cette dernière ne peut, en général, être opposée au mari, comme engendrant à son égard une obligation quelconque[98]. Il importe même peu, sous ce rapport, que l'autorisation du juge ait été accordée au refus du mari ou qu'elle l'ait été en raison de son absence ou de son incapacité[99].

[95] Art. 1413 et 1432. Cpr. §§ 509 et 513. Quoique le mari ne soit pas, dans ce dernier cas, personnellement tenu de l'engagement que la femme a contracté avec son autorisation, il est cependant obligé, conformément à la seconde exception indiquée au texte, de souffrir le préjudice que peut lui causer l'exécution de cet engagement sur les biens de la femme. Voy. les autorités citées à la note 97 *infrà*; et § 509, texte n° 4, lett. *b*.

[96] Cpr. art. 1530, 1531 et 1549. Merlin, *Rép.*, v° Autorité maritale, sect. VII, Zachariæ, § 472, texte et note 52. [Il en serait de même, tout au moins pour la condamnation aux dépens, dans le cas où le mari aurait personnellement procédé et conclu, conjointement avec sa femme, dans un procès où celle-ci était intéressée, alors qu'il n'y avait lui-même aucun intérêt. Cass., 17 février 1885, Sir., 1885, 1, 431.]

[97] Arg. art. 1555; Proudhon, *De l'usufruit*, IV, 1779 et 1780; Demolombe, IV, 311; Troplong, *op. cit.*, II, 1051; Cpr. cep. Merlin, *op. et v° citt.*, sect. VII *bis*, n° 9.

[98] Art. 1426, et arg. art. 1413, 1417 et 1555. — L'art. 1427 contient une double exception à la règle énoncée au texte. Demolombe, IV, 318. Cpr. § 509, texte n° 5.

[99] *Exceptio est strictissimæ interpretationis.* L'art. 1419 ne parlant que des obligations contractées par la femme avec le consentement du mari, de quel droit en étendrait-on la disposition à des obligations qui, quoique contractées avec l'autorisation de justice, à raison de l'incapacité du mari ou d'un empêchement de sa part, ne le sont pas, en définitive, du consentement de ce dernier? Comment

Du reste, la règle ci-dessus établie n'empêche pas que l'affaire dûment traitée par une femme dûment autorisée de justice ou de son mari ne puisse, abstraction faite de l'autorisation elle-même, devenir, pour ce dernier, l'occasion de certaines obligations qui reposeraient sur quelque autre fondement juridique. Ainsi, par exemple, le mari peut, comme chef de la communauté, être poursuivi, par l'action *de in rem verso*, jusqu'à concurrence de ce dont se trouve enrichie la communauté, par suite de l'acte que sa femme a passé [100].

7° Des conséquences du défaut d'autorisation.

Les actes extrajudiciaires faits par la femme sans l'autorisation de son mari ou celle de la justice sont nuls [101].

[Indépendamment de cette nullité, et de l'action qui la sanctionne, dont il va être question ci-après, il semble que le mari puisse obtenir de la justice, contre le tiers avec qui la femme aurait traité sans son autorisation, ou

pourrait-on justifier une pareille extension, en présence : 1° de l'art. 1426, dont la disposition générale ne comporte aucune distinction tirée de la cause pour laquelle la justice a été appelée à suppléer par son autorisation à celle du mari; 2° de l'art. 1427, dont la disposition exceptionnelle fournit, et par la place qu'il occupe, et par la nature des engagements auxquels il s'applique, un argument *a contrario* si puissant? Il est vrai que les art. 1413 et 1417 ne parlent, dans les hypothèses spéciales dont ils s'occupent, que de l'autorisation accordée par le juge, *au refus du mari*. Mais comme ces articles doivent, en tant qu'ils contiennent des applications de la règle posée par l'article 1426, être interprétés dans le même sens que le principe dont ils découlent, on est conduit à regarder comme purement énonciatives les expressions *au refus du mari*, qui s'y trouvent employées. Toullier, II, 656. Vazeille, II, 357. Duranton, XIV, 299 et 301. Demolombe, XIV, 319. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 472, texte et note 54.

[100] Merlin, *loc cit*. Delvincourt, III, p. 36. Zachariæ, § 472, texte et note 53. Cpr. § 508, texte n° 7.

[101] En cas de contestation sur la validité d'un acte passé par une femme mariée, ce n'est pas à la personne qui attaque cet acte à prouver le défaut d'autorisation, c'est à la personne qui le défend à établir l'existence de l'autorisation. Demolombe, IV, 336. Zachariæ, § 472, texte et note 55. Paris, 2 janvier 1808, Sir., 8, 2, 791.

malgré la révocation de cette autorisation, et qui persisterait à fournir à la femme l'occasion et les moyens d'exécuter en fait l'engagement qu'elle aurait ainsi pris envers lui, et d'en retirer un bénéfice, une condamnation pécuniaire [101 *bis*], réserve faite de l'examen, par la justice, du but en vue duquel le mari agirait ainsi contre ce tiers [101 *ter*].]

La nullité dont sont frappés [les actes extrajudiciaires faits par la femme sans l'autorisation du mari] n'est que relative; elle ne peut être proposée que par le mari, ou par la femme, ainsi que par leurs héritiers [102], ayants cause, ou créanciers [103].

[[101] *bis*. Cpr. Cass., 11 novembre 1907. Sir., 1908, 1, 225 (hypothèse d'un engagement théâtral, contracté par la femme malgré la révocation de l'autorisation du mari, que l'entrepreneur de spectacles avec lequel la femme a traité, lui fournit l'occasion et les moyens d'exécuter). S'il s'agissait, dans cette hypothèse, d'une condamnation à intervenir contre la femme, il ne pourrait être question de dommages-intérêts, mais seulement des moyens qui sont indiqués au § 471, notes 5 à 7. Vis-à-vis du tiers qui se prête à l'infraction des devoirs de la femme, pourrait-il s'agir d'une condamnation à des dommages-intérêts proprement dits? Nous le pensons. Cpr. § 472, texte et note 5.]

[[101] *ter*. Cpr. le jugement du tribunal de la Seine, sous Cass., 11 novembre 1907, précité. Cpr. aussi note 87 *suprà*.]

[102] C'est-à-dire par les héritiers de la femme, et même par ceux du mari, en tant qu'ils auraient intérêt à faire valoir la nullité. Duranton, II, 515. Valette, sur Proudhon, I, p. 467, note *a*. Marcadé, sur l'art. 225, n° 4. Demolombe, IV, 341.

[103] Merlin, *Quest.*, v° Hypothèque, § 4, n° 5; Proudhon, *De l'usufruit*, V, 2347; Duranton, II, 512; Vazeille, II, 384; Marcadé, sur l'art. 225, n° 4; Zachariæ, § 472, texte et note 57. Civ. cass., 10 mai 1853, Sir., 53, 1, 572. Cpr. aussi les autorités citées à la note 48 du § 312. Voy. en sens contraire : Toullier, VII, 766; Angers, 1er août 1810, Sir., 14, 2, 144; Grenoble, 2 août 1827, Sir., 28, 2, 186. — M. Demolombe (IV, 342), tout en admettant les créanciers de la femme à proposer la nullité résultant du défaut d'autorisation, refuse ce droit aux créanciers du mari, sous le prétexte que l'action en nullité qui compète à ce dernier, n'étant point en général fondée sur un intérêt pécuniaire, constitue un droit exclusivement attaché à sa personne. Cette argumentation déplace la question et en dénature les termes : Pour que les créanciers du mari soient recevables à exercer de son chef l'action en nullité dont s'agit, il faut, sans doute, que leur débiteur y ait un intérêt pécuniaire. Mais

Art. 225 et 1125, al. 2 [[103] *bis*].

Le tiers détenteur d'un immeuble que la femme aurait hypothéqué sans autorisation est autorisé à [la] faire valoir, soit comme ayant cause, soit comme créancier éventuel de cette dernière [104].

Cette nullité n'est susceptible d'être invoquée, ni par la partie qui a contracté avec la femme [105], ni par la caution de cette dernière [106]. Elle ne peut pas l'être davantage par l'acquéreur ou l'adjudicataire d'un immeuble, qu'un tiers a donné en hypothèque à la femme, et sur lequel celle-ci aurait, sans autorisation, exercé une surenchère [107]. [Elle ne peut pas l'être non plus par les créanciers hypothécaires colloqués après la femme, qui a produit sans autorisation à l'ordre judiciaire ouvert sur le prix de l'immeuble du mari ou d'un tiers [107] *bis*.]

La nullité résultant du défaut d'autorisation est proposable en tout état de cause. Mais elle ne peut, ni être

si, comme cela se rencontre du reste assez fréquemment, cet intérêt existe, il n'y a pas de motif pour refuser aux créanciers du mari l'exercice de l'action en nullité compétant à leur débiteur.

[[103] *bis*. Sauf à la femme de l'absent, qui aurait pris, dans le contrat passé par elle ou dans les actes de procédure, la qualité de veuve, à faire la preuve de l'existence de son mari, pour obtenir la nullité. Cpr. *infrà*, note 127, et § 159, note 5.]

[104] Dès que l'on reconnaît aux ayants cause et aux créanciers de la femme le droit de proposer la nullité résultant du défaut d'autorisation, il ne paraît guère possible de le refuser au tiers détenteur qui, dans l'hypothèse indiquée au texte, réunit dans sa personne la double qualité d'ayant cause et de créancier de la femme. Le système contraire aurait d'ailleurs pour résultat de priver la femme elle-même du bénéfice de son action en nullité. Il est, en effet, évident que, si le tiers détenteur était tenu de payer la dette hypothécaire contractée par la femme sans autorisation, il jouirait contre celle-ci d'un recours qu'elle ne pourrait écarter en se prévalant de la nullité de son obligation. Voy. en sens contraire : Zachariæ, § 472, note 58; Demolombe, IV, 350; Lyon, 26 mars 1832, Sir., 33, 2, 282.

[105] Il en est cependant autrement de l'auteur d'une donation acceptée par une femme non autorisée. Cpr. § 652.

[106] Art. 2012, al. 2, et 2036, al. 2. Cpr. § 424, texte et note 6.

[107] Voy. les autorités citées à la note 63 du § 294.

[[107] *bis*. Cass., 6 mars 1878, Sir., 1878, 1, 324.]

déclarée d'office par le juge [[107] *ter*], ni être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation [108].

Du principe que la femme ne peut ester en justice sans autorisation, il résulte que les assignations qui, au lieu d'être données conjointement au mari et à la femme, ne l'ont été qu'à cette dernière, sont frappées de nullité [109].

Les jugements rendus contre une femme non autorisée peuvent être attaqués, pour ce motif, par le mari, par la femme, et par leurs héritiers, créanciers, ou ayants cause, soit à l'aide des voies ordinaires de recours, soit au moyen du pourvoi en cassation, encore que le défaut d'autorisation n'ait été proposé, ni en première instance, ni en instance d'appel [110]. Ces jugements, au contraire, ne peuvent être attaqués par voie d'action principale en nullité [111], ni même par voie de requête civile [112]. Mais le

[[107] *ter*. Voy. sur le principe: Cass., 6 avril 1898, Sir., 1902, 1, 460.]

[108] Req. rej., 4 avril 1853, Sir., 53, 1, 480. Req. rej., 4 août 1856, Sir., 58, 1, 684. La nullité dont se trouve entaché un acte extrajudiciaire passé par la femme sans autorisation n'est pas d'ordre public.

[109] Pothier, *op. cit.*, n° 55. Merlin, *Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. III, § 4. Civ. rej., 7 octobre 1811, Sir., 12, 1, 10. Civ. rej., 24 mars 1812, Sir., 12, 1, 317. Civ. cass., 7 août 1815, Sir., 15, 1, 346. Sect. civ., 14 juillet 1819, Sir., 19, 1, 407. Aix, 3 mai 1827, Sir., 28, 2, 346. Nîmes, 16 janvier 1832, Sir., 33, 2, 61. Agen, 5 janvier 1832, Sir., 34, 2, 237. Civ. cass., 15 mars 1837, Sir., 37, 1, 340.

[110] Le jugement rendu contre une femme non autorisée à ester en justice constitue par lui-même une violation directe de l'art. 215. Demolombe, IV, 354. Civ. cass., 16 prairial an XIII, Sir., 7, 2, 816. Civ. cass., 7 août 1815, Sir., 15, 1, 346. Civ. cass., 15 novembre 1836, Sir., 36, 1, 909. Civ. cass., 5 août 1840, Sir., 40, 1, 768. Civ. cass., 24 février 1841, Sir., 41, 1, 315. Civ. cass., 13 novembre 1844, Sir., 45, 1, 45. Civ. cass., 4 mars 1845, Sir., 45, 1, 356. Civ. cass., 20 mai 1846, Sir., 46, 1, 550. Civ. cass., 15 décembre 1847, Sir., 49, 1, 293. Civ. cass., 11 janvier 1854, Sir., 54, 1, 127. Civ. cass., 18 août 1857, Sir., 59, 1, 253. Civ. cass., 9 mai 1865, Sir., 65, 1, 452. Civ. cass., 18 juin 1866, Sir., 67, 1, 8. Civ. cass., 20 janvier 1868, Sir., 68, 1, 8. — Mais la femme mariée autorisée à ester en instance d'appel n'est pas admise à proposer, pour la première fois devant la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'elle n'aurait pas obtenu l'autorisation d'ester en première instance. Req. rej., 29 juin 1842, Sir., 42, 1, 975.

[111] *Voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements.* Demolombe, IV, 354. Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., 13, 1, 82.

[112] MM. Duranton (II, 468), Vazeille (II, 379) et Demolombe (IV,

mari ou ses ayants cause ont le droit d'en demander la rétractation par voie de tierce opposition [113].

Les jugements obtenus par une femme non autorisée ne peuvent être attaqués, pour ce motif, par la partie contre laquelle ils ont été rendus [114]. [Toutefois, l'appelant d'un jugement rendu au profit de la femme non autorisée peut et doit conclure à la nécessité de l'autorisation, mettre le mari en cause pour l'obtenir, et conclure, au cas où le mari ferait défaut, à la déclaration de jugement commun au mari et à la femme, pour la décision à intervenir [114] *bis*.] [Si, d'ailleurs], le défendeur ou l'intimé assigné en première instance, en appel ou en cassation, par une femme mariée non autorisée, n'est point admis à demander la nullité de l'exploit d'ajournement, de l'acte d'appel, ou du pourvoi en cassation [115], il peut, tant que la contestation n'a pas été définitivement jugée, réclamer par fin de non-procéder, qu'avant tout la femme soit tenue de rapporter l'autorisation de son mari, ou celle de la justice; et ce ne sera que faute par elle de produire cette autorisation dans le délai imparti par le juge, qu'il y

355) enseignent, en se fondant sur l'art. 480, n° 2, du Code de procédure, que le jugement rendu contre une femme non autorisée peut également être attaqué, par voie de requête civile, à raison de la violation d'une forme prescrite à peine de nullité. Nous ne saurions partager leur opinion : l'article ci-dessus cité ne s'applique en effet qu'aux formes requises pour la validité des actes de juridiction considérés en eux-mêmes, et abstraction faite de la qualité des parties. — Merlin (*Rép.*, v° Autorisation maritale, sect. III, § 4) pense que, si la femme avait laissé ignorer au juge son état de femme mariée, il y aurait ouverture, non à cassation, mais à requête civile.

[113] Merlin, *op. et loc. citt.* Demolombe, IV, 356. Montpellier, 27 avril 1831, Sir., 32, 2, 77.

[114] Req. rej., 29 prairial an XII, et 26 août 1808. Merlin, *op. et loc. citt.*

[[114] *bis*. Cass., 6 avril 1898, Sir., 1902, 1, 160.]

[115] Merlin, *op. et loc. citt.* Demolombe, IV, 354. Sect. civ., 22 octobre 1807, Sir., 8, 1, 127. Bourges, 27 décembre 1829, Sir., 30, 2, 171. Civ. cass., 21 novembre 1832, Sir., 33, 1, 401. Civ. cass., 17 décembre 1838, Sir., 38, 1, 638. Civ. cass., 21 novembre 1843, Sir., 44, 1, 235. Civ. rej., 27 mai 1846, Sir., 46, 1, 747. Civ. cass., 15 décembre 1847, Sir., 49, 1, 293. Cpr. § 114, texte et notes 10 à 12.

aura lieu de la déclarer non recevable dans sa demande, dans son appel, ou dans son pourvoi en cassation [116]. Spécialement, il n'est pas nécessaire, au cas de pourvoi en cassation formé par une femme mariée non autorisée, que l'autorisation lui soit donnée avant l'arrêt d'admission ; il suffit qu'elle intervienne avant le jugement du pourvoi [117].

La nullité résultant du défaut d'autorisation est susceptible de se couvrir, soit par la confirmation du mari, soit par celle de la femme. Cpr. art. 1338.

Elle est couverte, d'une manière absolue, et à l'égard de toutes personnes, par la confirmation du mari, lors même que cette confirmation aurait été donnée sans le concours de la femme [118], mais à la double condition

[116] Zachariæ, § 472, note 58, *in fine*. Bordeaux, 11 août 1851, Sir., 51, 2, 757.

[117] Civ. cass., 21 novembre 1843, Sir., 44, 1, 235. Civ. rej., 27 mai 1846, Sir., 46, 1, 747. Civ. cass., 20 janvier 1868, Sir., 68, 1, 8.

[118] Cette proposition ne paraît pas avoir été contestée dans les pays dont les coutumes se contentaient du consentement du mari, sans demander son autorisation expresse. Elle avait même fini par passer en jurisprudence dans les pays dont les coutumes requéraient l'autorisation expresse du mari, *ad formam negotii*. Cpr. Charondas, sur l'art. 223 de la coutume de Paris; Leprêtre, cent. II, chap. XVI et XX; Lebrun, *op. et loc. citt.*, sect. V, nos 7 à 9; Pothier, *op. cit.*, n° 74. Comment se fait-il que sous l'empire du Code, qui cependant n'exige que le consentement du mari, cette proposition soit combattue par de très bons auteurs, et condamnée par la jurisprudence de la Cour de cassation? On prétend que le mari ne peut enlever à la femme le bénéfice de l'action en nullité que la loi lui ouvre. Cette objection aurait peut-être quelque poids si l'autorisation était requise dans l'intérêt individuel de la femme. Encore pourrait-on, dans cette supposition, tirer de l'art. 183 un puissant argument contre cette objection, qui, d'ailleurs, pêche par sa base, puisque la supposition sur laquelle elle repose n'est pas exacte. Cpr. note 5 *suprà*. Merlin (*op. et loc. citt.*) tire une autre objection de la suppression d'un second alinéa que contenait, dans le projet du Code, l'art. 217, et qui était ainsi conçu : « Le consentement du « mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » Mais la manière dont cette suppression a été opérée ne permet pas d'y attacher de l'importance. En effet, après avoir, dans la séance du 4 vendémiaire an x, admis cet alinéa tel qu'il avait été proposé, on ne renvoya l'art. 217 à la section de législation que pour faire

introduire, dans l'alinéa premier, un amendement proposé par Regnault de Saint-Jean-d'Angely, et qui tendait à exiger l'autorisation maritale pour toute espèce d'acquisitions faites par la femme, à titre onéreux ou gratuit. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 394, art. 4; p. 397 à 399, nos 34 à 36. C'est par suite de ce renvoi que Réal présenta, dans la séance du 24 frimaire an x, une nouvelle rédaction de l'art. 217, qui différait de la première, notamment en ce que le second alinéa n'y figurait plus, et en ce que les expressions finales de l'alinéa premier, au lieu d'y être placées comme elles l'étaient primitivement dans l'ordre que voici : « *sans le consentement par écrit*, ou le concours du mari dans l'acte », s'y trouvaient interverties et disposées ainsi qu'il suit : « sans le concours du mari dans l'acte, *ou son consentement par écrit...* » Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 431, art. 54. Or, comme on ne trouve pas, dans les travaux préparatoires du Code, l'explication des véritables motifs de ces changements, on ne peut pas raisonnablement croire que la Section de législation les ait opérés dans l'intention de repousser une doctrine qu'elle avait elle-même proposée, et qui avait été admise dans l'assemblée générale du Conseil d'État. On doit, au contraire, chercher à les expliquer de manière à les mettre en harmonie avec cette doctrine. Nous pensons que le second alinéa de l'art. 217 a été supprimé, d'une part, comme dangereux à raison de l'excessive généralité de la règle qu'il énonçait (cpr. les deux notes suivantes) et, d'autre part, comme inutile, en présence des principes généraux sur la confirmation. D'ailleurs, en rejetant à la fin de l'art. les expressions *consentement par écrit*, sans exiger que le consentement soit antérieur à l'acte juridique à l'occasion duquel il est accordé, le rédacteur de cet article a donné implicitement à entendre qu'un consentement postérieur à cet acte peut être suffisant, s'il est donné conformément aux règles reçues en pareille matière. Et pourquoi, en définitive, le mari ne pourrait-il pas couvrir, par sa confirmation, une nullité qui n'est fondée que sur un défaut de consentement de sa part? Voy. en ce sens : Proudhon, I, p. 466 et 467; Delvincourt, I, p. 159; Vazeille, II, 381; Lassaulx, I, 319; Grolmann, II, 490; Taulier, I, p. 350; Duvergier, sur Toullier, II, 648, note 1; Marcadé, sur l'art. 225, n° 1; Demante, *Cours*, I, 300; Zachariæ, § 472, texte et note 39; Riom, 23 janvier 1809, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 11; Colmar, 28 novembre 1816, Sir., 17, 2, 145; Dijon, 1er août 1818, Dev. et Car., *op. cit.*, V, 2, 409. Voy. en sens contraire : Merlin, *op. et v° citt.*, sect. VI, § 3, n° 2, et § 4; Toullier, II, 648; Duranton, II, 518; Chardon, *Puissance maritale*, n° 143; Benoît, *De la dot*, I, 244; Valette sur Proudhon, I, p. 467, note 6; Demolombe, IV, 211; Turin, 17 décembre 1810, Sir., 11, 2, 231; Rouen, 18 novembre 1825, Sir., 26, 2, 271; Req. rej., 12 février 1828, Sir., 28, 1, 358; Grenoble, 26 juillet 1828, Sir., 29, 2, 28; Civ. cass., 26 juin 1839, Sir., 39, 1, 878; Paris, 23 février 1849, Sir., 49, 2, 145; Paris, 12 mai 1859, Sir., 59, 2, 561; Orléans, 6 juin 1868, Sir., 69, 2, 231. Cpr. Dijon, 19 février 1862, Sir., 63, 2, 38.

qu'elle ait lieu pendant la durée du mariage [119], et avant toute action en nullité régulièrement introduite par la femme [120].

La confirmation de la femme n'est efficace à l'égard du mari qu'autant qu'elle a eu lieu avec son autorisation. Ainsi, on ne peut pas opposer à ce dernier, ou à ses ayants cause, la confirmation émanée de la femme après la dissolution du mariage, ni celle qu'elle aurait donnée durant le mariage avec la simple autorisation de justice [121].

Du reste, la confirmation des époux fait aussi disparaître, par rapport à leurs créanciers respectifs, la nullité résultant du défaut d'autorisation, pourvu que la confirmation soit antérieure à la demande en annulation formée par ces derniers, et qu'elle n'ait point eu lieu en fraude de leurs droits [122].

La nullité des actes extrajudiciaires faits par la femme sans autorisation se couvre, soit quant à cette dernière, soit quant au mari, par la prescription de dix ans [123]. Art. 1304, al. 1. Cette prescription ne commence à courir,

[119] C'est en vertu de la puissance maritale que le mari est appelé, soit à autoriser sa femme, soit à confirmer les actes qu'elle a passés sans son autorisation. Après la dissolution du mariage, la puissance maritale cesse; dès lors, le mari n'a plus le pouvoir de couvrir, par rapport à la femme ou à ses ayants cause, la nullité résultant du défaut d'autorisation; il peut seulement renoncer, en ce qui le concerne, à l'action en nullité que la loi lui ouvre. Proudhon, Marcadé et Zachariæ, *locc. citt.*

[120] La recevabilité d'une action est, en général, indépendante des événements postérieurs à son introduction. Elle doit s'apprécier d'après l'état dans lequel elle a été intentée. Zachariæ, *loc. citt.* Cpr. § 462, note 57.

[121] La femme ne peut, en effet, par une confirmation même valable à son égard, enlever au mari une action en nullité introduite en faveur de ce dernier, et des intérêts dont il est le gardien. Marcadé, *loc. cit.* Zachariæ, § 472, texte et note 63.

[122] Req. rej., 17 août 1853, Sir., 53, 1, 811. Cpr. Rej. rej., 8 mars 1854, Sir., 54, 1, 684.

[123] Sauf, le cas échéant, l'application de la règle *Quæ temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* Req. rej., 1er décembre 1846, Sir., 47, 1, 289 : Cpr. § 339, texte n° 2, *in fine*, et note 29; § 771, texte et notes 1 à 6.

même contre le mari, qu'à partir de la dissolution du mariage[124]. Art. 1304, al. 2.

Quant aux jugements rendus contre une femme non autorisée, ils ne peuvent être efficacement attaqués, soit par la femme, soit par le mari, après l'expiration des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ouvertes contre les jugements en général[125].

Lorsqu'un mariage, célébré en France ou à l'étranger, a été tenu secret, les tiers auxquels le mari ou la femme opposerait le défaut d'autorisation peuvent tirer de cette circonstance une fin de non-recevoir, pour repousser l'action ou l'exception de nullité[126].

Mais ils ne seraient pas admis à se prévaloir, dans ce but, de la simple déclaration de la femme qui se serait qualifiée de fille ou de veuve[127]. Que si cette dernière avait employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire à son état de fille ou de veuve, ou si, par sa manière

[124] Delvincourt, I, p. 596. Toullier, VII, 613. Valette, sur Proudhon, I, p. 487, note 6. Larombière, *Des obligations*, IV, art. 1304, n° 23, Colmet de Santerre, V, 265 *bis*, II. Zachariæ, § 337, note 9. Montpellier, 27 avril 1831, Sir., 32, 2, 77. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1304, n° 2. En vain dirait-on que le mari pouvant, d'après notre système, confirmer, pendant le mariage, même en l'absence de la femme, l'acte passé par cette dernière sans autorisation, on ne voit pas pourquoi la prescription de dix ans ne courrait pas contre lui du jour où il a obtenu connaissance de cet acte. Cette objection se réfuterait par la considération que, si le législateur a regardé comme suffisante pour effacer la nullité par rapport à la femme, une confirmation expresse ou tacite résultant d'un fait positif de la part du mari, ce n'était pas un motif pour attribuer le même effet à son simple silence, plus ou moins prolongé durant le mariage. Et comme, d'un autre côté, le législateur est, à notre avis, parti de l'idée que l'action de la femme ne saurait survivre à celle du mari, il [n'aurait] pu, sans inconséquence, faire courir la prescription contre ce dernier, avant l'époque à partir de laquelle elle court contre la femme.

[125] Vazeille, II, 79. Civ. cass., 7 octobre 1812, Sir., 13, 1, 82.

[126] Voy. les autorités citées au § 467, note 16, et § 468, note 32.

[127] Arg. art. 1307. Pothier, *op. cit.*, n°s 53 et 54. Toullier, II, 622. Duranton, II, 462 et 495. Vazeille, II, 312. Taulier, I, p. 348. Demolombe, IV, 327. Zachariæ, § 472, note 60. Cpr. civ. cass., 15 novembre 1836, Sir., 36, 1, 909. [Cass., 6 avril 1898, Sir., 1902, 1, 460.] Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 225, n° 3.

de vivre et par l'ensemble de ces actes, elle avait induit le public en erreur sur sa véritable position, elle ne serait plus elle-même recevable à invoquer la nullité résultant du défaut d'autorisation [128]. Le mari, au contraire, serait, malgré ces circonstances, autorisé à la faire valoir, à supposer d'ailleurs qu'il fût resté étranger à la fraude commise par la femme.

Les femmes étrangères et leur mari ne peuvent se prévaloir des dispositions de la loi française sur l'autorisation maritale [129].

V. DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

A. DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

§ 473.

Des causes de dissolution du mariage.

Le mariage qui, d'après l'art. 227 du Code Napoléon, se dissolvait par la mort naturelle de l'un des époux, par le divorce légalement prononcé, et par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile [1], ne se dissout plus, depuis la loi du

[128] Arg. art. 1310 et 1382. Pothier, *op. cit.*, nos 28 et 54. Toullier, II, 623 et 624. Duranton, II, 462, 494 et 495. Duvergier, sur Toullier, *loc. cit.*. Demolombe, IV, 328 et 332. Grenoble, 21 décembre 1822, et Req. rej., 15 juin 1824, Dalloz, *Jur. gén.*, X, p. 138. [Cass., 3 juin 1902, Sir., 1902, 1, 485. (Dissimulation frauduleuse, avec le concours du mari, de la qualité de femme mariée, au cours de toute une longue procédure.)] Voy. cep. Zachariæ, § 472, texte et note 61; Vazeille, II, 313 et 414; Toullier, I, p. 349; Paris, 6 novembre 1866, Sir., 67, 2, 294.

[129] Bruxelles, 23 février 1808, Sir., 10, 2, 489. Bruxelles, 19 août 1811, Sir., 12, 2, 264. Bastia, 16 février 1844, Sir., 44, 2, 664. Cpr. § 78, texte et note 26.

[1] Ces expressions de l'art. 227 avaient donné lieu à quelques difficultés. D'après Delvincourt (I, p. 226), Vazeille (II, 528 et 555) et Duranton (II, 521), qui se fondaient sur les art. 635 et 641 du Code d'instruction criminelle, la condamnation par contumace à une peine emportant mort civile ne devenait définitive qu'après la prescription de la peine, et par suite le mariage ne se dissolvait

31 mai 1854, qui a aboli la mort civile, que par la première [et la seconde] de ces [deux] causes. [La loi du 8 mai 1816 avait aboli le divorce, qui a été rétabli par la loi du 27 juillet 1884].

L'absence la plus longue de l'un des époux n'entraîne jamais la dissolution du mariage [2].

qu'après vingt ans à dater de l'arrêt de condamnation. Voy. également dans ce sens : Angers, 21 août 1840, Sir., 40, 2, 372. Nous aimons à rendre hommage aux motifs d'humanité qui ont inspiré cette manière de voir. Mais elle nous paraît en opposition formelle avec le texte et l'esprit de la loi. Pourquoi chercher dans le Code d'instruction criminelle l'interprétation de l'art. 227, lorsqu'on la trouve dans le Code Napoléon lui-même? L'art. 25, al. 8, porte, en effet : « Le mariage qu'il avait contracté précédemment est dissous quant à tous ses effets civils. » Viennent ensuite les art. 26 et 27 qui, selon que la condamnation a été prononcée contradictoirement ou par contumace, font courir la mort civile, soit du jour de l'exécution, soit à partir de l'expiration des cinq années qui la suivent. Les expressions ci-dessus citées de l'art. 227 ont donc eu pour but de rappeler cette distinction, et d'indiquer notamment que, quand la condamnation est prononcée par contumace, la mort civile n'est encourue d'une manière définitive et n'entraîne la dissolution du mariage qu'après l'expiration des cinq années qui suivent l'exécution par effigie. Cpr. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.* IV, p. 401 et 402, nos 1 et 2). Mais il ne pouvait entrer dans l'esprit des rédacteurs du Code Napoléon de subordonner l'application de l'art. 227 aux dispositions du Code d'instruction criminelle, qui n'existait pas même en projet lorsque cet article a été discuté. Ce qui prouve d'ailleurs que le Code d'instruction criminelle n'a pas, sur ce point, dérogé au Code Napoléon, c'est la disposition du deuxième alinéa de l'art. 476 du premier de ces Codes, qui maintient, pour le passé, les effets que la mort civile a produits dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de la comparution en justice, disposition qui n'aurait aucun sens si la mort civile ne produisait pas, à partir de l'expiration de ces cinq années, tous les effets qu'y attache l'art. 25 du Code Napoléon. Voy. dans le sens de notre opinion : Merlin, *Rép.*, v° Mariage, sect. II, § 2, n° 3; Valette sur Proudhon, I, p. 477, note *a*; Marcadé sur l'art. 227, Richelot, I, 144; Fœlix, *Revue de Droit français et étranger*, 1845, II, p. 485, n° 12; Demolombe, I, 231; Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales*, n° 375; Zachariæ, § 163, note 5, et § 473, texte et note 1; Douai, 3 août 1819, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 121; Rennes, 11 mai 1847, Sir., 47, 2, 344; Rennes, 5 juin 1851, Sir., 51, 2, 341; Req. rej., 5 décembre 1851, Sir., 52, 1, 54.

[2] Cpr. § 159, texte et note 1.

§ 474.

Des seconds mariages.

Après la dissolution du mariage par la mort naturelle de la femme [ou par le divorce], le mari peut immédiatement convoler à une nouvelle union. La femme devenue veuve ne le peut, au contraire, qu'après l'expiration du délai fixé par l'art. 228[1]. [La femme divorcée peut se remarier immédiatement après la transcription du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé le divorce, pourvu d'ailleurs qu'il se soit écoulé un délai de trois cents jours depuis le premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond, rendu dans l'instance en divorce. Si ce délai n'est pas entièrement écoulé à la date de la transcription, la femme divorcée ne pourra se remarier qu'après son expiration. Art. 296 (loi du 13 juillet 1907) et arg. de cet art. [1] *bis*.]

[Le délai de dix mois de l'art. 228 s'appliquait autrefois à la femme en cas de dissolution du mariage par le divorce (art. 296, rédaction de 1804 et de 1884) ou par la mort civile du mari.]

[Les époux dont le mariage avait été dissous par la mort civile avant la loi du 31 mai 1854, avaient conservé, malgré l'abolition de la mort civile par ladite loi, la faculté de se remarier. Pareillement, les époux divorcés avant la loi du 8 mai 1816, avaient conservé, même sous le régime de ladite loi, la faculté de se remarier[2].]

Les seconds mariages sont soumis aux mêmes conditions et produisent, en général, les mêmes effets qu'une première union[3].

[1] Cpr. sur la nature de cet empêchement : § 463, texte n° 3.

[[1] *bis*. Cpr. § 463, texte et note 6 *bis* et 6 *ter*, *suprà*.]

[2] Cpr. § 82, texte et note 15 ; § 83 *bis*, texte *in fine*, et note 4 ; § 461, texte et note 2.

[3] Le projet du Code contenait un article qui exprimait formellement cette proposition ; mais on l'a retranché comme inutile. Cpr. Locré, *Lég.*, IV, p. 402, n° 3 ; Zachariæ, § 474, texte et note 2.

Cependant, lorsque la personne qui contracte un second ou subséquent mariage a des enfants d'une union précédente, elle ne jouit pas, relativement aux dispositions à titre gratuit qu'elle se proposerait de faire au profit de son conjoint, d'une aussi grande latitude que la personne qui n'a pas d'enfants d'un précédent mariage[4].

D'un autre côté, l'époux qui convole à une nouvelle union, et plus particulièrement la femme, ne conserve pas, sur les enfants issus d'un mariage précédent, la plénitude des droits qui découlent de la puissance paternelle[5].

[§ 475.]

[*Notion du divorce. Règle d'interprétation.*]

[Le divorce est la dissolution du mariage qui résulte de la transcription sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, à supposer d'ailleurs qu'il ait été célébré sur le territoire français, du jugement ou de l'arrêt rendu par une juridiction française et prononçant cette dissolution.

Les règles concernant le divorce des Français dont le mariage n'a pas été célébré en France ou qui ont régulièrement obtenu le divorce à l'étranger seront exposées au § 488. Les règles concernant le divorce des étrangers en France seront exposées au § 490.

Le divorce (*divortium quoad vinculum*) était prohibé, dans l'ancienne France, par le droit canonique, qui gouvernait l'institution du mariage considéré comme sacrement. Mais le droit canonique admettait, dans certains cas, en dehors de l'annulation proprement dite du mariage, qui suppose une cause de nullité antérieure ou tout au moins concomitante à la célébration, l'annulation du mariage pour des causes même postérieures à la célé-

[4] Zachariæ, § 474, texte n° 1. Cpr. art. 1098, 1496, al. 2, et 1527 cbn. 1094 ; § 698.

[5] Zachariæ, § 474, texte n° 2. Cpr. art. 380, 381, 384, 395, 399 et 400 ; § 99 *bis*, texte n° 3 ; § 100, texte, notes 3 et 7 ; § 550, texte n° 1, lett. *a* et § 550 *bis*, texte n° 4, lett. *c*.

bration, notamment dans l'hypothèse où le mariage n'était pas consommé, ou bien encore dans celle où les conjoints obtenaient de l'autorité ecclésiastique une *dispensatio* qui leur permettait de contracter un nouveau mariage. Le droit canonique admettait, d'ailleurs, le *divortium quoad torum et mensam*, c'est-à-dire la séparation de corps.

La loi du 20 septembre 1792, dépouillant le mariage de son caractère de sacrement, et l'envisageant, dès lors, par une réaction peut-être excessive contre la notion canonique, comme un contrat civil ordinaire, introduisit le divorce en France et l'introduisit très largement. Elle l'admit non seulement dans les cas qui supposent une infraction aux devoirs d'époux, et comme la sanction la plus énergique de la violation de ces devoirs, elle l'admit encore dans des hypothèses qui ne supposent rien de pareil, par exemple en cas de folie, en cas d'absence prolongée pendant cinq années, enfin et surtout en cas d'incompatibilité d'humeur des époux : à plus forte raison consacra-t-elle le divorce par consentement mutuel. D'autre part, elle supprima la séparation de corps. Elle eut pareillement pour conséquence de supprimer la nullité du mariage pour causes postérieures à la célébration : l'institution du divorce rendait cette sorte de nullité inutile.

Le Code civil maintint le divorce, mais seulement dans des cas déterminés qui supposent tous une infraction aux devoirs d'époux. Quant au divorce par consentement mutuel, il le conserva, mais dans un esprit tout différent de celui dans lequel la loi de 1792 l'avait admis et organisé. Le divorce par consentement mutuel devint un moyen, dont l'usage était d'ailleurs aussi difficile que les conséquences pécuniaires en étaient graves, laissé aux conjoints qui désiraient éviter la publicité de la procédure et le scandale qui pouvait en résulter, dans des cas où l'existence d'une cause déterminée de divorce leur aurait permis de l'obtenir judiciairement. Le Code civil rétablissait d'ailleurs la séparation de corps et organisait la conversion de la séparation de corps en divorce[1]. Mais il

[[1] La conversion de la séparation de corps en divorce, telle que le

continuait à écarter la nullité du mariage pour cause postérieure à la célébration, toute nullité de mariage supposant, pour les rédacteurs du Code civil, comme pour les auteurs de la loi de 1792, une cause antérieure ou tout au moins concomitante à la célébration.

La loi du 8 mai 1816 supprima le divorce comme incompatible avec la religion catholique considérée comme religion de la majorité des Français [2]. Elle ne laissa plus subsister que la séparation de corps. Il est d'ailleurs permis de penser que la logique aurait voulu que la loi du 8 mai 1816 supprimât la mort civile, ou tout au moins l'un de ses principaux effets, la dissolution du mariage, puisque la dissolution du mariage, en tant qu'elle résultait de la mort civile, n'était autre chose qu'un divorce accompagnant de plein droit la condamnation de l'un des époux à une peine criminelle perpétuelle, et qu'en conséquence de la loi du 8 mai 1816, la condamnation de l'un des époux à une peine criminelle temporaire allait précisément cesser d'entraîner le divorce à la requête du conjoint non coupable [3].

Après la révolution de 1830 [4], plusieurs tentatives furent faites pour rétablir le divorce, mais la Chambre des Pairs se refusa toujours à les sanctionner. Le divorce n'a été rétabli que par la loi du 27 juillet 1884, et encore cette loi du 27 juillet 1884 n'a-t-elle pas rétabli le divorce par consentement mutuel.

La procédure du divorce a été modifiée et remaniée par la loi du 18 avril 1886. — D'autre part, les art. 248 et 299 ont été retouchés par la loi du 6 février 1893, dont nous retrouverons les dispositions essentielles à la matière de la séparation de corps, mais dont il faut noter ici que les auteurs avaient songé, pour arrêter le développement de divorce, à rétablir l'ancienne théorie des nullités de

Code civil l'organisait, différait, d'ailleurs, sur un point essentiel, de celle qu'a rétablie la loi du 27 juillet 1884. Cpr. § 487, note 1.]

[[2] La charte du 4 juin 1814, art. 6, déclarait en effet la religion catholique religion d'État.]

[[3] Beudant. *Des personnes*, II. n° 382.]

[[4] La charte du 6 août 1830 ne reproduisait pas l'art. 6 de la charte du 4 juin 1814.]

mariage pour cause postérieure à la célébration. Cette partie du projet n'a pas abouti, et le divorce est resté le seul mode de rupture du lien conjugal pour des situations de ce genre. — Notons enfin que l'art. 298 a été abrogé par la loi du 15 décembre 1904, et que les art. 296 et 297 ont été modifiés par la loi du 13 juillet 1907.

La loi du 27 juillet 1884, en rétablissant le divorce, a remis en vigueur, non seulement les textes du Code civil consacrés au divorce dans le titre VI du Livre I dudit Code, — réserve faite des modifications qu'elle y a apportées, — mais encore, d'une façon générale, tous les textes antérieurs à la loi du 8 mai 1816 qui supposaient que le mariage se dissout par le divorce [5]. D'autre part, les textes postérieurs à la loi du 8 mai 1816, qui sont relatifs, soit à la dissolution du mariage par le décès [6], soit à la séparation de corps [7], s'appliquent aujourd'hui, sauf exception, à la dissolution du mariage par le divorce.

Le divorce par consentement mutuel n'étant pas admis par la loi, le divorce ne peut être obtenu de l'autorité judiciaire que pour une ou plusieurs causes déterminées par la loi, sur la demande de celui des époux auquel la loi permet de les invoquer. Les causes pour lesquelles la loi permet le divorce supposent toutes une faute de l'un des époux, à raison de laquelle l'autre époux peut demander, à son gré, le divorce ou la séparation de corps. Les causes du divorce et les causes de la séparation de corps sont donc, en droit [8], les mêmes, de telle sorte que le divorce et la séparation de corps constituent des procédés de sanction, de gravité d'ailleurs inégale, de la violation des obligations qui résultent du mariage.

La question de savoir si l'époux qui a introduit une demande en divorce peut la transformer, au cours de l'instance, en une demande en séparation de corps, et

[5 La loi du 27 juillet 1884 a été essentiellement une abrogation de la loi du 8 mai 1816, qui n'avait été elle-même qu'une abrogation des textes du Code civil sur le divorce.]

[6 Cpr. § 479, notes 7, 8, 9.]

[7 Cpr. § 484, texte et notes 3, 4 et 5.]

[8 Cpr. § 484, note 2.]

pareillement, la question de savoir si l'époux qui a introduit une demande en séparation de corps peut la transformer, au cours de l'instance, en une demande en divorce, seront examinées au § 484.]

§ 476 (491[4])[1] *bis*

Des causes qui peuvent motiver une demande en [divorce], — De la preuve des faits qui lui servent de base.

1° Les causes qui peuvent motiver une demande en [divorce] sont au nombre de trois [art. 229 à 232 (loi du 27 juillet 1884)] :

a. L'adultère. Le mari est autorisé à demander [le divorce] à raison de tout adultère de la femme. Art. 229.

[Pareillement, la femme peut se pourvoir en divorce à raison de tout adultère de son mari. Art. 230. Sous l'empire des textes de 1804, elle ne pouvait se pourvoir en divorce, avant la loi de 1816, elle ne pouvait se pourvoir en séparation de corps, après comme avant la loi de 1816, pour cause d'adultère du mari,] qu'autant que ce dernier [avait] tenu sa concubine dans la maison commune, c'est-à-dire dans la maison où il avait établi sa demeure, et où il avait, par conséquent, le droit de forcer sa femme à le

[[1] *bis*. Les causes de divorce et les causes de séparation de corps étant les mêmes, et MM. Aubry et Rau ayant dû les examiner, dans les quatre premières éditions du *Cours de droit civil français*, à l'occasion de la séparation de corps seulement (§ 491, V[4], p. 171 à 182), nous transposons ici le texte et les notes de leur § 491[4] en lui donnant le n° 476, et en apportant d'ailleurs, tant au texte qu'aux notes, avec les signes matériels dont nous nous servons habituellement pour permettre au lecteur de distinguer leur rédaction de la nôtre, les corrections et les additions commandées par cette transposition. Il est bien entendu que les arrêts cités dans les notes originales de MM. Aubry et Rau ont été rendus en matière de séparation de corps. Nous en transposons les solutions et l'autorité au divorce, comme nous transposons de la séparation de corps au divorce le texte même et les notes de MM. Aubry et Rau. E. B.]

suivre, et le devoir de la recevoir [1]. Art. 230 [ancien] [2].

Il ne [suffisait] pas, pour donner lieu à l'application de l'art. 230 [ancien], que le mari [eût] passagèrement reçu sa concubine dans la maison commune [3]. Mais il [n'était] pas nécessaire, d'un autre côté, qu'elle y [eût] été introduite par ce dernier [4]; et il [importait] même peu à quel titre elle y [avait] été installée ou reçue [5]. Il [était] également indifférent que la femme [eût] ou non habité cette maison au moment où le mari y [avait] entretenu un commerce adultérin [6].

Du reste, si les relations adultérines du mari, quoique ne présentant pas les caractères prévus par l'art. 230, avaient donné lieu de sa part à des procédés ou à des manifestations de nature à porter atteinte à l'honneur et à la dignité de la femme, celle-ci [était] autorisée à demander le [divorce,

[1] Cpr. art. 108 et 214; Code pénal, art. 339. — L'expression *maison commune* [comprenait] donc la maison dans laquelle les époux n'auraient [eu] qu'une simple résidence, sans y avoir leur domicile, par exemple, une maison de campagne. Duranton, II, 544. Valette, sur Proudhon, I, p. 531, note *a*. Marcadé, sur l'art. 306, n° 2, Massol, p. 51, n° 8. Demolombe, IV, 374. Zachariæ, § 476, note 3, *in fine*. Req. rej., 28 novembre 1859, Sir., 60, 1, 342.

[2] Voy. sur les motifs de la distinction établie entre l'adultère de la femme et celui du mari: Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. XXVI, chap. VI; *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, V, p. 96, n° 2; p. 112 et 113, n° 14; p. 159. n° 4); Duranton, II, 542.

[3] Code pénal, art. 339. Duranton, II, 547. Marcadé, *loc. cit.*, Demolombe, IV, 370.

[4] Merlin, *Rép.*, v° Adultère, n° 8 *bis*. Duranton, II, 546. Massol, p. 33. note 2. Demolombe, IV, 373. Zachariæ, § 476, texte et note 4. Paris, 11 juillet 1812, Sir., 12, 2, 425. Civ. rej., 26 juillet 1813. Sir., 13, 1, 401. Voy. en sens contraire : Marcadé, *loc. cit.*

[5] Merlin, *Rép.*, v° Adultère, n° 8 *bis*. Demolombe, IV, 372. Zachariæ, *loc. cit.* Civ. rej., 5 juillet 1813. Merlin, *op. et loc. citt.*

[6] Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 7, n°s 2 et 3. Duranton, II, 545, Vazeille, II, 535. Massol, p. 31, n° 8. Demolombe, IV, 375. Zachariæ, § 476, texte et note 3. Poitiers, 27 messidor an XII. Sir., 4, 2, 180. Douai, 24 juillet 1812, Sir., 13, 2, 33. Civ. cass., 21 décembre 1818, Sir., 19, 1, 163. Civ. rej., 28 janvier 1819, Sir., 19, 1, 165. Req. rej., 9 mai 1821, Sir., 21, 1, 349. Agen, 27 janvier 1824, Sir., 25, 2, 7. Toulouse, 12 avril 1825, Sir., 25, 2, 299. Civ. cass., 17 août 1825, Sir., 26, 1, 1. Bruxelles, 14 novembre 1830, Sir., 31, 2, 60. Crim. rej., 12 décembre 1857, Sir., 58, 1, 176.

avant la loi de 1816, la séparation de corps, après comme avant la loi de 1816] pour injure grave, en vertu de l'art. 231[7].

b. Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre forment une seconde cause de [divorce].

On entend par excès les attentats qui sont de nature à mettre en danger la vie de celui envers lequel ils sont exercés[8]; par sévices, les voies de fait qui n'ont pas ce caractère, et, en général, toute espèce de mauvais traitements[9].

Les injures sont, ou verbales, ou réelles.

Les injures verbales, qui peuvent avoir lieu de vive voix ou par écrit, comprennent les propos insultants, les termes de mépris, les imputations calomnieuses ou diffamatoires[10]. Telle serait une imputation d'adultère calomnieusement adressée par le mari à la femme[11]. Mais un

[7] Vazeille, II, 546. Marcadé, sur l'art. 306, n° 3. Massol, p. 34, n° 10, Demolombe, IV, 377. Zachariæ, § 476, texte et note 2. Bordeaux, 19 mai 1828, Sir., 28, 2, 265. Limoges, 21 mars 1835, Sir., 35, 2, 469. Req. rej., 14 juin 1836, Sir., 36, 1, 448.

[8] Le projet du Code contenait un article ainsi conçu : « L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre sera pour celui-ci une cause de divorce. » Voy. Locré, *Lég.*, V, p. 103, n° 7, art. 2. Le Tribunat demande la suppression de cet article, afin de ne pas mettre l'époux demandeur en divorce dans la cruelle nécessité de porter, contre son conjoint, une accusation qui pourrait le conduire à l'échafaud. Il faisait d'ailleurs remarquer que les plus grands excès, et même les attentats à la vie, se trouveraient, à la rigueur, compris dans le terme *sévices*. Voy. Locré, *Lég.*, V, p. 261 et 263, n° 2. Conformément à la demande du Tribunat, l'art. ci-dessus cité fut donc supprimé. Mais, pour ne laisser aucune équivoque, et pour distinguer les attentats des simples sévices, on ajouta, dans l'art. 231, le mot *excès*, qui ne s'y trouvait pas primitivement. Voy. Locré, *Lég.*, V, p. 183, n° 1, art. 3. Cpr. Duranton, II, 550; Toullier, II, 672; Vazeille, II, 541; Demolombe, IV, 384. [Cpr. note 18 *infrà*].

[9] Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 3. Duranton, II, 551 et 552.

[10] Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 4; Duranton, II, 553; Vazeille, II, 549 à 551.

[11] *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, V, p. 51, n° 23). Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 4. Duranton, II, 554. Vazeille, II, 550 et 551. Demolombe, IV, 387. Zachariæ, § 476, note 7. Paris, 14 décembre 1810, Sir., 11, 2, 236. Paris, 15 juin 1812, Sir., 13, 2, 84. Paris, 17 mars 1826, Sir., 26, 2, 306. Rennes, 21 août 1833, Sir.

désaveu de paternité formé dans des circonstances de nature à motiver les soupçons du mari n'est point, au cas même où il a été rejeté, une cause suffisante de [divorce[12]]. [Il n'y aurait pas, non plus, une cause suffisante de divorce dans la demande en interdiction formée par le mari contre sa femme, et rejetée par le tribunal sur avis conforme du conseil de famille. Il y a plus encore : une plainte portée au parquet par le mari contre sa femme et dénuée de fondement ne constituerait pas nécessairement une cause de divorce[12] *bis*.]

Les injures réelles comprennent tous les faits qui constituent une insulte, un outrage, ou une marque de mépris[13].

C'est ainsi que le refus obstiné de la femme de rejoindre son mari, ou du mari de recevoir sa femme, peut, suivant les circonstances, être considéré comme une injure[14]. Il en est de même du refus [volontaire et persistant[14] *bis*] de

34, 2, 285. [Pau, 19 juin 1900, Sir., 1901, 2, 34. Cass., 20 février 1905, Sir., 1906, 1, 350. On assimilera à cette hypothèse celle d'une plainte en adultère non fondée. Cass., 16 janvier 1906, Sir., 1906, 1, 120.]

[12] Paris, 7 mai 1855, Sir., 55, 2, 770. Paris, 13 juillet 1870, Sir., 70, 2, 268. [Il en serait autrement, s'il était établi que le mari, n'ayant manifesté ni surprise ni mécontentement lors de l'accouchement de sa femme, ou à la réception de la nouvelle de cet accouchement, n'a ultérieurement agi en désaveu que sous l'influence de suggestions étrangères. Cass., 11 février 1880, Sir., 1880, 2, 317.]

[[12] *bis*. Rennes, 18 juillet 1893, Sir., 1895, 1, 309. (Sous Cass., 16 avril 1894.)]

[13] Voy. sur les diverses injures réelles dont l'un des époux peut se rendre coupable envers l'autre : texte et note 7, *supra*. Vazeille, II, 540 et 548 : Duranton, II, 556. Demolombe, IV, 391 et 392; Zachariæ, *loc. cit.*, Rouen, 8 avril 1824, Sir., 24, 2, 113; Req. rej., 19 avril 1825, Sir., 25, 1, 413; Caen, 23 février 1857, Sir., 58, 2, 568.

[14] Duranton, II, 436 et 555. Vazeille, II, 547, Massol, p. 47, n° 7, Demolombe, IV, 102 et 388. Dutruc, *De la séparation de biens*, n° 313 et 318. Lesenne, *Revue critique*, 1867, XXX, p. 513. Zachariæ, *loc. cit.*, Angers, 8 avril 1829, Sir., 29, 2, 137. Req. rej., 6 février 1860, Sir., 61, 1, 71. Metz, 5 avril 1865, Sir., 65, 2, 294. Pau, 31 mai 1869, Sir., 69, 2, 207. Cpr. Req. rej., 20 novembre 1860, Sir., 61, 1, 965. [En ce qui concerne plus particulièrement l'abandon du domicile conjugal par la femme, voy. Coulon, III, 58 et suiv. Trib. de Corbeil, 15 mai 907. Dall., 1909, 2, 359.]

[[14] *bis*. Planiol, I[6], n° 1169. Cpr. Cass., 22 février 1899, Dall., 1899, 1, 244. Orléans, 4 mars 1903, Dall., 1905, 2, 67.]

l'un ou l'autre des époux de consommer le mariage[15].

Il y aurait également injure dans le fait du mari qui, tout en refusant de consentir à la bénédiction religieuse du mariage, prétendrait exiger de sa femme l'accomplissement du devoir de cohabitation[16].

[Il y aurait encore injure grave dans le fait par le mari de blesser la dignité personnelle de la femme, soit en refusant de recevoir ses parents[16] *bis*, soit en tolérant les propos inconvenants d'un domestique envers sa femme[16] *ter*, ou, à plus forte raison, en cherchant à nouer des relations avec la servante du ménage[16] *quater*.]

[Il y aurait pareillement injure dans le fait par le mari de méconnaître les droits qui résultent pour sa femme de sa qualité d'épouse, soit en entretenant un commerce, d'ailleurs purement spirituel, avec un ami dont l'affection le détournerait de celle qu'il doit avoir pour sa femme[16] *quinquiès*, soit en désertant son intérieur pour se livrer à la

[15] Metz, 25 mai 1869, Sir., 70, 2, 77. [Cass., 19 janvier 1892, Sir., 1892, 1, 78. Cass., 12 novembre 1900, Sir., 1901, 1, 80. Cass., 6 avril 1908, Sir., 1908, 1. 344. Cpr. Coulon, III, 70 et suiv. L'impuissance, à elle seule, ne saurait constituer l'injure grave. Orléans, 4 mars 1904, Sir., 1904, 2. 301.]

[16] Bressolles, *Revue de législation*, 1846, II, p. 157. Demolombe, IV, 390. Duvergier, *Revue critique*, 1866, XXVIII, p. 325, et suiv. Glasson, n° 104, à la note. Trèves, 1845, Sir., 47, 2, 420, à la note. Angers 29 janvier 1859, Sir., 59, 2, 77. Cpr. Montpellier, 4 mai 1847, Sir., 48, 2, 418. Voy. en sens contraire : Thieriet, *Revue de législation*, 1846, III, p. 170. [On peut rapprocher de cette hypothèse celle où le mari refuserait de laisser baptiser les enfants communs. Sous réserve de l'examen de circonstances de fait qui l'accompagneraient, ce refus pourrait être, dans certains cas, de nature à constituer une injure grave. Cass., 30 novembre 1898, Sir., 1902, 1, 492. Voy. encore, en ce qui concerne l'hypothèse inverse (baptême contre le gré du mari), Cass., 19 juillet 1898, Sir., 1902, 1, 525, et, plus généralement, pour les difficultés relatives à l'éducation religieuse des enfants, Nîmes, 12 mai 1886, *Pandectes françaises*, 1886, 2, 292.]

[[16] *bis*. Cass., 30 novembre 1898, Dall., 1899, 1, 358.]

[[16] *ter*. Cass., 30 novembre 1898, précité.]

[[16] *quater*. Cass., 18 décembre 1894, Dall., 1895, 1, 260.]

[[16] *quinquiès*. Cass., 19 juillet 1909, Dall., 1909, 1, 503. Cpr. Bruxelles, 13 décembre 1887, et 20 février 1888 (Coulon, III, 92).]

dissipation[16] *sexiès*, par le jeu[16] *septiès* ou l'ivrognerie[16] *octiès*.]

[D'autre part, les injures adressées par la femme, même dans une lettre, aux parents de son mari[16] *noniès*, le mépris qu'elle témoignerait pour la profession de son mari ou à l'occasion de l'exercice de sa profession, et qui serait de nature à causer à celui-ci un tort sérieux, même purement moral, sous ce point de vue, pourraient aussi être considérés comme des causes suffisantes de divorce[16] *deciès*.]

Quant à la communication du mal vénérien, elle n'est point par elle-même une injure; mais elle peut le devenir par suite des circonstances dont elle a été accompagnée[17].

Les excès constituent toujours, et d'une manière absolue, des causes de [divorce][18].

[[16] *sexiès*. Bruxelles, 22 avril 1876 (Coulon, III, 95).]

[[16] *septiès*. Cass., 6 mai 1907, Sir., 1907, 1, 280.]

[[16] *octiès*. Trib. de Verviers, 14 juin 1880, *Pasicrisie belge*, 1881, III, 132. Voy. en sens contraire : Liége, 24 juillet 1872 (Coulon, III, 80).]

[[16] *noniès*. Paris, 23 juin 1909, Dall., 1910, 2, 143.]

[[16] *deciès*. Cass., 2 mars 1910, Dall., 1910, 1, 240.]

[17] Cpr. Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 514. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 9; Toullier, II, 757; Duranton II, 534; Vazeille, II, 551; Massol, p. 48, n° 8, Demolombe, IV, 389; Zachariæ, *loc. cit.*, Besançon, 1er février 1806, Sir., 6, 2, 401; Civ. rej., 16 février 1808, Sir., 8, 1, 179; Lyon, 4 avril 1818, Sir., 19, 2, 131. Toulouse, 30 janvier 1821, Sir., 21, 2, 344; 6 juin 1839, Sir., 39, 2, 391. [Cass., 18 janvier 1892, Sir., 1892, 1, 80, Douai, 7 janvier 1908, Sir., 1908, 1, 278. Voy. Coulon, III, 96 et suiv.]

[18] Duranton II, 550. Bournat, *Revue pratique*, 1861, XI, p. 430 et suiv. Voy. cep. Vazeille, II, 541; Demolombe, IV, 384. [La cour de cassation paraît admettre, dans des arrêts récents, que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux dont il va être question tout à l'heure, quant à l'appréciation des sévices et injures, s'applique pareillement à l'appréciation des excès. Cass., 10 juillet 1900, Sir., 1901, 1, 79. Cass., 4 janvier 1905, Sir., 1905, 1, 136. Cette doctrine nous paraît trop contraire aux explications fournies à la note 8 *suprà*, pour que nous puissions nous y rallier. Les excès, tels que nous les avons définis à cette note, nous paraissent toujours constituer une cause péremptoire de divorce. Nous reconnaissons d'ailleurs qu'il y aurait lieu de faire une réserve pour le cas où les excès reprochés par l'un des conjoints à l'autre seraient la conséquence de l'aliénation mentale de celui-ci. Dans ces conditions, les excès ne constitueraient pas une cause de divorce. Cass., 14 janvier 1861. Dall., 1861, 1, 196,

Il en est autrement des sévices et des injures[19]. Les tribunaux jouissent du pouvoir discrétionnaire le plus étendu quant à l'appréciation du point de savoir si les sévices ou injures dont se plaint l'un des époux sont assez graves pour justifier une demande en [divorce][20]. Ils peuvent et doivent, à cet égard, prendre en considération l'âge [[20]*bis*], la position sociale et l'éducation des parties [[20] *ter*], les circonstances dans lesquelles les sévices ou injures ont eu lieu[21], et les torts que l'époux plaignant aurait à se repro-

note 3. Cass., 5 août 1890, Sir., 1894, 1, 15. Orléans, 28 nov. 1900, Sir., 1902, 2, 199. Cass., 4 mars 1902, Sir., 1902, 1, 388. Cass., 15 mai 1912, Dall., 1912, 1, 303. Cpr. Paris, 29 avril 1881, Sir., 1882, 2, 21. Cass., 7 juin 1901, Sir., 1902, 1, 176. Voy. en sens contraire : Montpellier, 7 février 1866, Dall., 1867, 5, 390. Le divorce suppose une infraction aux obligations qui résultent du mariage, puisqu'il n'est que la sanction, d'ailleurs la plus grave, de ces infractions (cpr. § 475, texte), et il est difficile d'admettre qu'il y ait infraction, faute et sanction, là où il n'y a pas responsabilité. Cpr. § 318, note 4 et § 444, note 5. — La solution serait, d'ailleurs, différente, si l'aliénation mentale avait sa cause dans une faute antérieure du conjoint, même s'il s'agissait d'une faute qui aurait été, à elle seule, insuffisante à justifier le divorce. Agen, 30 janvier 1905, Sir., 1905, 2, 190.]

[19] Cpr. *Exposé de motifs*, par Treilhard (Locré, *Lég.*, V, p. 299, nº 18). Besançon, 13 pluviôse et 16 germinal an XIII, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II, et les notes 20 à 24 *infrà*.

[20] Locré, sur l'art. 231. Vazeille, II, 540 ; Duranton, II, 531 ; Demolombe, IV, 386 ; Zachariæ, § 476, texte et note 7. Civ. cass., 11 frimaire an XIV, Sir., 6, 1, 97. Req. rej., 2 mars 1808, Sir., 8, 1, 202. Req. rej., 25 mai 1808, Sir., 8, 1, 412. Req. rej., 11 janvier 1837, Sir., 37, 1, 640. Req. rej., 4 mai 1863, Sir., 63, 1, 427. Cpr. Civ. rej., 16 février 1808, Sir., 8, 1, 179. Req. rej., 19 avril 1825, Sir., 25, 1, 413. [Cass., 7 février 1872, Sir., 1872, 1, 336. Cass., 17 déc. 1872, Sir., 1872, 1, 412. Cass., 18 janvier 1881, Sir., 1881, 1, 209. Cass., 2 juin 1890, 1, 344. Cass., 18 juillet 1892, Sir., 1895, 1, 308. Cass., 19 juillet 1893, Sir., 1897, 1, 510. Cass., 29 octobre 1900, Sir., 1901, 1, 80. Cass., 7 juin 1901, Sir., 1902, 1, 176.]

[[20] *bis*. Cass., 6 janvier 1902, Sir., 1902, 1, 344.]

[[20] *ter* Douai, 10 avril 1872, Sir., 1872, 2, 231. Chambéry, 4 mai 1872, Sir., 1873, 2, 217. Montpellier, 25 mars 1899, Sir., 1899, 2, 132. Cass., 25 mai 1898, Sir., 1898, 1, 360. Cpr. Seine (motifs), 23 déc. 1885, Sir., 1887, 2, 23.]

[21] Merlin, *op. et vº citt.*, § 1, nº 3 ; Duranton, II, 552 et 553. Vazeille, II, 541 ; Demolombe, IV, 385. Zachariæ, § 476, texte et note 8. Paris,

cher[22]. Si la publicité d'une injure en augmente la gravité, et si l'absence de publicité en atténue la portée[23], une injure peut cependant être rangée parmi les injures graves, quoiqu'elle n'ait point été accompagnée de publicité[24].

[D'autre part, l'injure grave ne saurait, en principe, résulter de faits antérieurs au mariage, alors même que le coupable aurait dissimulé ces faits à l'autre futur conjoint[24] *bis*. Toutefois, il en serait autrement, et le juge pourrait prendre en considération des faits même antérieurs au mariage, si ces faits s'étaient produits alors que le mariage était déjà connu et annoncé, et avec une continuité suffisante jusqu'à la célébration du mariage, de telle sorte que la qualification des faits de même nature, postérieurs à la célébration du mariage, en devînt plus grave [24] *ter*, ou si la révélation, après la célébration du mariage, de ces faits antérieurs, se produisait dans des

6 avril 1811, Sir., 12, 2, 14. Bourges, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 206. [Il est d'ailleurs bien entendu qu'en ce qui concerne les sévices et injures, comme en ce qui concerne les excès (cpr. note 18 *suprà*) l'aliénation mentale du conjoint qui serait matériellement l'auteur de ces faits supprimerait sa responsabilité et empêcherait qu'on pût voir dans les sévices et injures des causes de divorce. La maladie incurable ne saurait d'ailleurs être assimilée à l'aliénation mentale. Lyon, 20 nov. 1903, Sir., 1904, 2, 295.]

[22] Zachariæ, § 476, texte et note 9. Voy. aussi les autorités citées aux notes 26 et 27 du § [477 (492[4])].

[23] Cpr. Dijon, 30 pluviôse an XIII, Sir., 13, 2, 289. Bourges, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 206.

[24] Tronchet avait, à la séance du 6 nivôse an X (Locré, *Lég.*, V, p. 201 et 202, nos 4 et 5), proposé de substituer, dans l'art. 231, les mots *diffamation publique* aux termes *injures graves*. Cette proposition, d'abord adoptée, fut ensuite abandonnée. Cette circonstance justifie complètement l'opinion énoncée au texte, à l'appui de laquelle on peut encore invoquer la *Discussion au Conseil d'État*, dans la séance du 14 vendémiaire an X (Locré, *Lég.*, V, p. 54, n° 23). Toullier, II, 762. Duranton, II, 554. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n° 4. Demolombe, IV, 325. Poitiers, 29 juillet 1806, Sir., 6, 2, 191. Civ. cass., 9 novembre 1830. Dalloz, 1830, 1, 398.

[[24] *bis*. Bruxelles, 13 nov. 1887. *Pandectes françaises*, 1888, V, 24. Dijon, 19 février 1890, Sir., 1890, 2, 111. Cpr. cep. Cass., 26 juillet 1893, Sir., 1896, 1, 502. Trib. Bar-sur-Aube, 6 déc. 1902, Sir., 1903, 2, 52.]

[[24] *ter*. Paris, 19 mars 1887, *Gaz. du Palais*, 22 mai 1887.]

conditions et avec des caractères constitutifs d'une injure[24] *quater*.]

c. Enfin, en troisième et dernier lieu, la condamnation de l'un des époux à une peine [afflictive et] infamante[25], encourue pendant le mariage[26], est pour l'autre une cause de [divorce,] lorsque l'arrêt qui l'a prononcée n'est plus susceptible d'être réformé[27], par aucune voie

[[24] *quater*. Lyon, 4 août 1891, Dall., 1892. 2. 219. Paris, 10 août 1892, Sir., 1893, 2, 242.]

[25] [L'ancienne] disposition de l'art. 232 [s'appliquait] également aux peines afflictives et infamantes, et aux peines simplement infamantes. Cpr. Code pénal, art. 6 à 8. [L'art. 232 ne saurait d'ailleurs s'appliquer] au cas où, par suite de l'admission de circonstances atténuantes, l'un des époux n'a été condamné, même pour un fait qualifié crime, qu'à une simple peine correctionnelle. Demolombe, IV, 396. Allemand, II, 1376. Paris, 16 juillet 1839, Sir., 40. 2. 107.

[26] MM. Duranton, II, 561 à 562; Vazeille, II, 560, et Massol, p. 53, n° 5, prétendent qu'une condamnation antérieure au mariage pourrait être une cause de séparation, si cette condamnation n'avait pas été connue du conjoint du condamné. Cpr. aussi : Delvincourt, sur l'art. 232, et Glasson, n° 130. Mais cette manière de voir nous paraît aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi. L'art. 232 ne parle en effet que de la condamnation *de l'un des époux*, termes qui indiquent une condamnation postérieure au mariage. Le législateur n'a pu ni dû supposer qu'une condamnation antérieure au mariage resterait ignorée de la personne avec laquelle un condamné voudrait contracter mariage. D'ailleurs, la nature même des choses s'oppose à ce que la séparation de corps puisse être demandée pour des causes antérieures à l'union conjugale. Enfin la distinction admise par M. Duranton entre le cas où le conjoint du condamné ignorait l'état de ce dernier et celui où il le connaissait peut être équitable, mais elle est complètement arbitraire. Comment dès lors serait-il possible d'admettre un système qui ne repose que sur une distinction que la loi proscrit? Voy. dans le sens de notre opinion : Delvincourt, sur l'art. 232; Proudhon, I, p. 491; Toullier, II, 673; Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 1, n° 5; Marcadé, sur l'art. 386, n° 4; Demolombe, IV, 392; Zachariæ, § 476, texte et note 11.

[27] C'est-à-dire après l'expiration des trois jours accordés pour le pourvoi en cassation, ou après le rejet de ce pourvoi, lorsque la condamnation a été prononcée contradictoirement, et dans l'hypothèse contraire, après l'expiration des vingt années données pour purger la contumace. Code d'instruction criminelle, art. 373 et 374, cbn. 635 et 641. Delvincourt, I, p. 191. Duranton II, 560. Vazeille, II, 554. Demolombe, IV, 397. Crim. rej., 17 juin 1813. Sir., 13. 1, 293.

légale[28], au moment où la demande en [divorce] est jugée [[28] *bis*]. Art. 232 cbn. 261 [ancien[28] *ter.*]

Paris, 6 août 1840, Sir., 41, 2, 49. [Paris, 11 février 1887, Sir., 1887, 2, 88. Trib. Limoges, 7 nov. 1884, Sir., 1885, 2, 19.] Cpr. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, V, p. 267, n° 9); Locré, I, 229; Toullier, II, 673.

[28] La simple éventualité d'une revision future de l'arrêt d'une condamnation n'en suspend pas l'exécution, à moins que la révélation de circonstances de nature à provoquer cette revision ne la fasse actuellement présager. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 374 et 443 à 447. Tant que de pareilles circonstances ne se sont point produites, l'arrêt de condamnation doit être considéré comme n'étant susceptible d'être réformé par aucune voie légale, quoique cet arrêt ne soit point encore à l'abri d'une demande en revision, qui serait à la vérité possible, mais qui n'est pas probable. Vazeille, II, 556. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 476, note 12, *in fine*. [Voy. en sens contraire, pour l'hypothèse de la contumace, Garraud, *Traité de droit pénal*, et Dijon, 5 mai 1872, Dall., 1872, 2, 17.]

[[28] *bis*. Comme le divorce résulte de la transcription du jugement qui le prononce et non pas de ce jugement lui-même, que le lien du mariage subsiste dès lors jusqu'à la transcription, il semblerait qu'on pût admettre qu'il suffit que le caractère définitif de la condamnation encourue par le conjoint contre lequel le divorce est demandé, fût acquis au jour de la transcription du divorce seulement, de telle sorte que ce jugement de divorce pût intervenir dès avant que la condamnation encourue fût devenue définitive. L'intérêt pratique, notamment en cas de condamnation par contumace, est facile à indiquer. De la sorte, en effet, le conjoint demandeur en divorce pourrait gagner du temps et s'assurer, pour le jour même où la condamnation serait devenue définitive, le bénéfice des conséquences du divorce, notamment l'application de l'art. 299, sans avoir à redouter, sous ce point de vue, pour lui-même ou pour ses héritiers, la prolongation d'une procédure de divorce au cours de laquelle le mariage peut se trouver dissous par le décès de l'un ou de l'autre des conjoints, ce qui le prive, pour lui-même et pour ses héritiers, de l'application de l'art. 299. L'intérêt pratique n'est donc pas douteux, mais la solution nous paraît devoir être rejetée. En effet, au jour où le juge saisi de la demande en divorce est appelé à statuer sur elle, il est certain, par hypothèse, qu'il y a une simple éventualité de condamnation définitive. Le juge ne peut pas plus s'arrêter à cette éventualité pour prononcer le divorce, qu'il ne peut, selon nous, s'arrêter, pour le refuser, à l'éventualité d'une revision future de l'arrêt de condamnation devenu d'ailleurs définitif. Cpr. note 28 *suprà*.]

[[28] *ter*. Le caractère définitif de la condamnation à une peine afflictive et infamante, que nous avons précisé aux notes 27 et 28

Il en serait ainsi, quand même le condamné aurait été gracié, ou qu'il aurait subi ou prescrit sa peine avant cette demande[29]. Mais l'amnistie ou la réhabilitation formerait obstacle à toute action ultérieure fondée sur sa condamnation [30].

Les trois causes ci-dessus énumérées sont les seules qui puissent donner ouverture à une demande en [divorce] [31].

[Mais on remarquera qu'à raison du pouvoir discrétionnaire des tribunaux, sinon quant à la définition de l'injure grave, du moins quant à l'application de cette défini-

suprà, résultait, avant la loi du 18 avril 1886, de l'art. 261, qui l'exigeait expressément. Comme l'art. 261 est aujourd'hui abrogé et que l'art. 232 ne dit rien du caractère définitif de la condamnation, il semble qu'on puisse contester qu'il soit nécessaire que la condamnation soit devenue définitive pour constituer une cause péremptoire de divorce. L'objection ne nous paraît pas sérieuse. Outre qu'on ne voit ni comment le tribunal saisi de la demande en divorce pourrait l'accueillir dès avant que la condamnation fût devenue définitive, et pour le cas seulement où elle le deviendrait, ni comment il pourrait l'accueillir même à supposer que l'arrêt de condamnation fût réformé, nous ferons remarquer que l'abrogation de l'art. 261 résulte de la loi du 18 avril 1886, qui n'est qu'une loi de procédure, et qui, dès lors, a bien pu modifier, pour l'élargir, le mode de preuve de la condamnation (Cpr. note 43 *bis infrà*), mais qui n'a pas touché au fond du droit, et notamment au caractère que doit présenter la condamnation pour constituer une cause péremptoire de divorce. Coulon, IV, 74.]

[29] La grâce et l'expiration ou la prescription de la peine n'effacent pas l'infamie attachée à la condamnation. Arg. art. 619 du Code d'instruction criminelle. Duranton, II, 559. Vazeille, II, 557 et 559. Massol, p. 53, n° 3. Chardon, *Puissance maritale*, n° 30. Demolombe, IV, 396. Paris, 19 août 1847, Sir., 47, 2, 524.

[30] L'amnistie et la réhabilitation effacent la tache d'infamie que la condamnation avait produite. Cpr. Code d'instruction criminelle, art. 619 et suiv.; § 83, texte et note 1. Or, *cessante causa, cessat effectus*. Duranton, II, 559. Vazeille, II, 558. Massol, p. 53, n° 4. Demolombe, *loc. cit.*

[31] Duranton, II, 531 ; Demolombe, IV, 400. — Ainsi, l'un des époux ne peut demander la séparation, parce que l'autre a changé de religion, qu'il est tombé en état de démence ou de fureur, ou qu'il a été infecté d'une maladie contagieuse. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 1, n°s 8, 10 et 11. Duranton, II, 532 et 533. Demolombe, IV, 401. — Voy. quant à la communication du mal vénérien, texte et note 17 *suprà*.

tion [31] *bis*. des faits qui ne sont pas de nature à permettre le divorce aux termes des règles développées aux lettres *a* et *c* ci-dessus, pourraient être cependant retenus à cette fin par le juge, aux termes des règles développées à la lettre *b*. — C'est ainsi que la légèreté de la femme, et son mépris des convenances, indépendamment de l'adultère qu'il ne serait pas établi qu'elle eût commis, seraient une cause suffisante de divorce [31] *ter*. Il en serait de même de la simple tentative d'adultère du mari [31] *quater*. C'est ainsi encore que de simples condamnations correctionnelles, encourues par l'un des conjoints, pourraient constituer, suivant les cas, des causes suffisantes de divorce [31] *quinquiès*.]

Du reste, on est admis à invoquer, à l'appui d'une pareille demande, qui ne serait pas justifiée d'ailleurs, les faits postérieurs à l'introduction de l'instance, et notam-

[[31] *bis*. Cpr. *suprà*, texte et note 20.]

[[31] *ter*. Alger, 25 avril 1893. Sir., 1893, 2, 184. Poitiers, 18 juin 1894, Sir., 1894, 2. 235. Cpr. Trib. Auxerre, 3 mai 1881, Sir., 1881, 2, 143, Cass., 12 mai 1885. Sir., 1886, 1, 16.]

[[31] *quater*. Voy. note 16 *quater suprà*.]

[[31] *quinquiès*. Toulouse, 7 juillet 1886, Sir., 1886, 2. 209. Toulouse, 31 décembre 1888, Sirey, 1889, 2, 61. Angers. 13 avril 1896, Dall., 1896, 2, 439. Paris, 4 décembre 1899, Sir., 1900, 2, 77. Planiol, I[6], n° 1174. Si nous présentons cette solution comme une conséquence des règles relatives au pouvoir discrétionnaire des tribunaux quant à l'application de la définition de l'injure grave, il est certain que c'est une conséquence extensive de ces règles. Avant la loi du 27 juillet 1884, la jurisprudence ne paraissait pas l'admettre en matière de séparation de corps (Grenoble, 24 janvier 1865, Dall., 1865, 2. 220. Voy. cep. Bruxelles, 17 février 1881, Sirey, 1883, 4, 3), bien qu'elle admît déjà le principe du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Cpr. note 20 *suprà*. Les causes de la séparation de corps et celles du divorce étant les mêmes, et la loi de 1884 n'ayant pas innové sur ce point particulier, la conséquence de cette jurisprudence eût été que la simple condamnation correctionnelle n'est pas plus une cause de divorce, sous le régime de la loi de 1884, qu'elle n'était, avant 1884, une cause de séparation de corps. La jurisprudence nouvelle est vraisemblablement issue d'un incident de rédaction de la loi du 27 juillet 1884. La commission de la Chambre des députés avait proposé d'admettre le divorce à raison de certains délits, et le rapporteur de la loi au Sénat fit observer que cette addition était inutile, puisque, dans la plupart des cas, l'infamie de

ment les injures graves qui ont eu lieu dans le cours du procès et à son occasion [32].

2° Les faits d'adultère, d'excès, de sévices et d'injures graves, allégués à l'appui d'une demande en [divorce], peuvent, comme tous faits purs et simples, se prouver par témoins, aussi bien que par des écrits, et même à l'aide de simples présomptions [33].

l'époux, résultant de la condamnation, même simplement correctionnelle, encourue par lui, serait considérée par les tribunaux, à raison de leur pouvoir discrétionnaire en matière d'injure grave, comme une cause suffisante de divorce. Voy. en ce sens : Planiol, I⁶, n° 1175. On conclura de cette explication : 1° que la condamnation correctionnelle est, à ce titre, une cause suffisante de séparation de corps (Toulouse, 31 décembre 1888, précité) aussi bien que de divorce (Paris, 4 décembre 1899, précité) ; 2° qu'il n'y a pas à distinguer entre une condamnation correctionnelle prononcée pour un délit proprement dit (Paris, 4 décembre 1899, précité) et une condamnation correctionnelle prononcée pour un crime régulièrement puni comme un simple délit (Toulouse, 31 décembre 1888, précité. Cpr. note 25 *suprà*) ; 3° que la condamnation correctionnelle encourue par l'un des conjoints n'est constitutive d'injure pour l'autre qu'autant que le délit a été de nature, par les circonstances de fait qui l'ont accompagné, à porter atteinte à la considération de l'autre époux. (Voy. en ce sens, Paris, 4 décembre 1899, précité.) Notre formule est, sur ce point, un peu différente de celle de M. Planiol. Ce qui explique les trois conséquences que nous tirons, dans cette note, du principe dont paraît s'inspirer la jurisprudence nouvelle, c'est que c'est le fait délictueux, avec ses caractères concrets, qui constitue l'injure. Ce n'est ni la condamnation, ni même le délit envisagé dans sa notion abstraite. L'hypothèse et la conception de l'art. 232 sont toutes différentes.]

[32] Req. rej., 26 mai 1807, Sir., 7, 1, 483. Paris, 14 décembre 1810, Sir., 11, 2, 236. Rouen, 13 mars 1816, Sir., 16, 2, 208. Rennes, 21 août 1833, Sir., 34, 2, 285. Req. rej., 15 juin 1836, Sir., 37, 1, 89. Cpr. § [478 (493⁴)], texte n° 1, notes 11 et 12. [Pour le cas où les imputations articulées, dans les pièces de la procédure, par l'un des conjoints contre l'autre, seraient reconnues fausses, elles ne constitueraient une injure grave qu'autant qu'elles auraient été articulées de mauvaise foi et dans une intention injurieuse, et la preuve de cette double condition serait à la charge du plaignant. Paris, 16 décembre 1889, *Gaz. du Palais*, 28 décembre 1889. Cpr. Paris, 7 mai 1855, Sir., 1855, 2, 770 et 13 juillet 1870, Dall., 1871, 2, 129.]

[33] Cela s'applique surtout à l'adultère, dont la preuve directe et matérielle est si difficile à fournir. Cpr. Code pénal, art. 338. Locré, sur les art. 229 et 230. Merlin, *Rép.*, v° Adultère, n° 19 ; *Quest.*, *eod v°*,

La question de savoir si des lettres missives, émanées de l'époux défendeur, peuvent être produites par l'époux demandeur, pour prouver des faits allégués à l'appui d'une demande en [divorce], doit se décider d'après les règles ordinaires [[33] *bis*,] exposées au § 754. Ainsi, les injures contenues dans une lettre écrite par l'un des conjoints à l'autre peuvent être prouvées par la production de cette lettre [34], sauf au juge à l'écarter, si elle paraissait avoir été concertée entre les époux, pour arriver à faire sanctionner par la justice [un divorce] volontaire. Quant aux lettres écrites par l'époux défendeur à des tiers, elles ne peuvent, en général, être reçues à titre de preuve qu'avec le consentement de ces derniers, et doivent, malgré ce consentement, être rejetées, quand elles ont un caractère purement confidentiel [35]. Il semble cependant que, si le mari avait intercepté, ou obtenu de toute autre manière

§ 10. nos 1 et 2. Vazeille, II, 533. Zachariæ, § 476, texte et note 5. Bordeaux, 27 février 1807, Sir., 7, 2, 163. [Cass., 13 novembre 1889, Sir., 1890. 1, 388.]

[[33] *bis*. Geny, *Des droits sur les lettres missives*, 1911, II, 222, 257.]

[34] Duranton, II, 602; Massol, p. 41, n° 5, Demolombe, IV, 393. Poitiers, 29 juillet 1806. Sir., 6, 2, 191. Civ. cass., 9 novembre 1830, Dalloz, 1830, 1, 398. [Geny, *Des droits sur les lettres missives*, II, 226, note 2 et les arrêts qu'il cite.]

[35] Zachariæ, § 476. note 10. Metz, Sir., 4, 2, 101. Limoges, 17 juin 1824, Sir., 26, 2, 177. Aix, 17 décembre 1834, Sir., 35, 2, 172. Cpr. Nîmes, 30 août 1834. Sir., 34, 2, 351; Paris, 22 février 1860, Sir., 60, 2, 231. Voy. cep. Massol, p. 42, n° 6, Demolombe, IV, 394. Suivant ces auteurs, il n'y aurait pas à distinguer entre les lettres confidentielles et celles qui ne le seraient pas; les unes et les autres pourraient également être produites en justice. Mais cette opinion nous paraît, du moins en général, devoir être repoussée, comme contraire aux sentiments d'honnêteté, qui ne permettent pas de divulguer le secret des lettres; et l'art. 456 du Code d'instruction criminelle, qu'on invoque à son appui, est loin de fournir un argument concluant. Ce qu'il y a de vrai, c'est qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement le caractère des lettres produites (cpr. Dijon, 30 pluviôse an XIII. Sir., 13, 2, 289; Bourges, 4 janvier 1825, Sir., 25, 2, 206; Nîmes, 30 avril 1834, Sir., 23, 2, 351) et que l'admission même d'une lettre qui aurait dû être rejetée comme étant de nature confidentielle, ne peut, en l'absence de texte sur la matière, donner ouverture à cassation. Req. rej., 31 mai 1842, Dalloz, 1842, 1, 329.

[35 *bis*], des lettres contenant la preuve de relations adultérines [35 *ter*] entretenues par sa femme, il serait autorisé à en faire usage, peu importe d'ailleurs qu'elles émanassent de la femme elle-même ou de son complice[36].

[On peut admettre, d'autre part, que la femme pourrait faire usage de lettres du mari, à l'effet d'établir l'adultère de celui-ci 36 *bis*, à moins toutefois que ces lettres ne fussent parvenues en sa possession par un procédé

[35 *bis*. A supposer, d'ailleurs, que le procédé par lequel il les aurait obtenues ne constituât pas un délit pénal. Cass., 15 juillet 1885. Sir., 1886, 1, 101.]

[35 *ter*. Le droit du mari de produire en justice, à l'appui de la demande en divorce, la correspondance de sa femme, serait sans doute moins large, s'il s'agissait d'une correspondance simplement constitutive d'injure grave pour lui. Voy. Cass., 5 février 1900, Sir., 1901, 1, 17. Il ne pourrait, croyons-nous, se prévaloir de lettres de ce genre qu'autant qu'elles seraient parvenues en sa possession par un procédé correct. Toute lettre devrait être rejetée qui serait parvenue en sa possession par un procédé illicite, alors même que ce procédé illicite ne serait pas délictueux, au sens pénal du mot, le juge saisi de la demande en divorce appréciant d'ailleurs souverainement, du point de vue des droits et devoirs réciproques des conjoints quant à leurs correspondances respectives, le caractère licite ou illicite du procédé. Cpr. notes 36 *bis* et 36 *ter infrà*. En ce qui concerne la preuve de l'injure grave par des lettres de l'un quelconque des conjoints à des tiers, il n'y a pas, selon nous, à distinguer entre le mari et la femme.]

36 Arg. art. 338 du Code pénal. Besançon, 20 février 1860, Sir., 60, 2, 229. Cpr. Bordeaux, 27 février 1807, Sir., 7, 2, 163; Req. rej., 31 mai 1842, Sir., 42, 1, 490; Alger, 12 novembre 1866, Sir., 67, 2, 152.

[36 *bis*. La question ne s'est présentée, jusqu'ici, en jurisprudence, qu'à l'occasion de l'adultère du mari. Voy. Rouen, 13 novembre 1878, Dall., 1879, 2, 80. Geny, II, 233 et 234. Mais nous serions porté à penser que la solution donnée au texte peut être étendue à l'hypothèse où il s'agirait simplement d'une injure grave du mari à la femme, résultant d'une lettre du mari, parvenue normalement aux mains de la femme, en conséquence de l'exercice de ses droits d'épouse, et sans l'emploi d'aucun procédé d'interception. Nous ne voyons pas de raison de distinguer, sous ce point de vue, entre l'adultère du mari et l'injure grave à la femme, puisque la solution que nous donnons, avec la cour de Rouen, pour le cas de l'adultère, suppose que les lettres invoquées par la femme pour établir l'adultère sont parvenues dans ses mains autrement que par voie d'interception.]

illicite, même non délictueux, d'interception [36 *ter*], qu'il appartiendrait au mari de critiquer, et par conséquent d'établir [36 *quater*].]

Les règles du Droit commun [sur la charge de la preuve, sur la formation de la conviction du juge [36 *quinquiès*], et sur la nature du témoignage [36 *sexiès*], ainsi que] sur les qualités physiques et légales que doivent posséder les témoins, et sur les causes pour lesquelles il est permis de les reprocher, sont également applicables en matière de [divorce][37]. Toutefois, les parents, autres que les ascen-

[36 *ter*. Voy. Geny, II, 233, et les exemples qu'il cite. Besançon, 30 décembre 1862, Dall., 1863, 2, 63. Paris, 11 juin 1875, Sir., 1875, 2, 200. Orléans, 13 décembre 1889, Dall., 1891, 2, 233.]

[36 *quater*. Cpr. § 749, texte et note 20. Geny, II, 235. Cass., 13 juillet 1897. Sir., 1898, 1, 220.]

[36 *quinquiès*. C'est ainsi que le juge, saisi de la demande en divorce, ne saurait, pour l'accueillir, se fonder sur des faits dont il aurait eu personnellement connaissance, ou dont il aurait provoqué lui-même la preuve. Limoges, 14 mars 1894, Sir., 1897, 2, 49. Cpr. § 749, note 7. Mais il lui est permis, dans la mesure où il peut se déterminer par des présomptions de l'homme, de puiser les éléments de sa conviction dans des procédures indépendantes de l'instance en divorce, notamment dans des procédures de répression, en tant qu'elles seraient invoquées par le conjoint dont elles appuient la prétention. Rennes, 18 juillet 1893, sous Cass. Sir., 1895, 1, 309. Cpr. § 766, note 7.]

[36 *sexiès*. La question s'est posée de savoir si le juge saisi de la demande en divorce pouvait légalement former sa conviction sur le témoignage d'un témoin déposant sur des faits dont il n'avait pas eu personnellement connaissance, mais dont la réalité lui avait été affirmée, à lui-même, d'une façon d'ailleurs précise et circonstanciée, par un tiers décédé au jour de la demande. Nous ne mettons pas en doute que cela ne soit parfaitement régulier. Un témoignage de ce genre est un témoignage du second degré, que le juge apprécie suivant sa conscience ; ce n'est pas un témoignage de commune renommée. Cass., 3 janvier 1893, Sir., 1893, 1, 337, note Labbé. Le témoin dépose personnellement sur un fait qui est à sa connaissance personnelle, à savoir l'affirmation qu'il a reçue de la réalité d'un fait constitutif d'injure grave. C'est ainsi qu'un témoin peut régulièrement déposer sur des propos qui auraient été tenus devant lui par des descendants, et d'où résulterait la preuve d'une injure grave, alors que ces descendants n'auraient pas pu déposer eux-mêmes. Cass., 6 juin 1899, Sir., 1900, 1, 39.]

[37] Arg. *a contrario*, art. [245, 2e al.] Cpr. Code de procédure, art. 283 à

dants[38], et les domestiques ne sont pas reprochables [[38] *bis*], à raison de leur parenté ou de leur qualité; ils doivent être entendus comme témoins, sauf au tribu-

285. — En jugeant que les causes de reproche indiquées en l'art. 283 du Code de procédure sont toutes inapplicables en matière de divorce ou de séparation de corps.et que les descendants des époux sont, aux termes de l'art. 251 du Code Napoléon. les seuls témoins reprochables en pareil cas, la Cour de Cassation (Req. rej., 8 juillet 1813. Sir., 15, 1, 128) nous semble avoir généralisé, contrairement à la règle *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*, les dispositions tout exceptionnelles de ce dernier article. Duranton, II, 607, à la note. Demolombe, IV, 480. [La cour de Caen, 28 janvier 1874, Sir., 1874, 2, 169, s'est prononcée, à tort selon nous, dans le même sens que la Cour de Cassation en 1813, en jugeant que les parents des conjoints pouvaient être entendus comme témoins dans une demande en séparation de corps, alors même qu'ils avaient bu et mangé chez les parties depuis la prononciation du jugement ordonnant l'enquête.]

[38] Cette exception ne s'applique-t-elle qu'aux descendants communs, ou doit-elle être étendue aux descendants issus d'un précédent mariage? Voy. pour la première opinion : Rennes, 27 janvier 1840, Sir., 40, 2, 149. [Besançon, 16 décembre 1872, Sir., 1873, 2, 136.] Voy. pour la seconde opinion : Douai, 16 août 1853, Sir., 54, 2, 135. [Dijon, 27 mars 1879, Sir., 1879, 2, 68.] [Nous pensons que la prohibition du témoignage des descendants s'applique, par identité de raisons, à tous descendants, quels qu'ils soient, c'est-à-dire aussi bien aux enfants d'un premier lit qu'aux enfants communs, aussi bien aux enfants naturels qu'aux descendants légitimes. Voy. en ce sens, sur ce dernier point : Caen, 3 mars 1896, Sir., 1897, 2, 236. Mais elle ne s'appliquerait pas, selon nous, aux alliés au même titre. Voy. en ce sens : Trib. de Valognes, 19 janvier 1910, Sir., 1910, 2, 156, en sens contraire : Trib. de Bordeaux, 4 avril 1900, *ibid. ad notam*.]

[[38] *bis*. La formule du texte signifie, en tant qu'elle s'applique aux descendants, que leur témoignage peut être écarté par l'exception de l'art. 270, Cod. proc. civ., proposée dans les conditions du droit commun. La Cour de Riom a jugé, au contraire, le 18 juillet 1887, Sir., 1891, 2, 60, que la prohibition du témoignage des descendants, en matière de divorce, présente un tout autre caractère. Elle n'est pas sanctionnée par la procédure des art. 270 et suiv. du Code de proc. civ., à laquelle le conjoint défendeur est libre de recourir ou de ne pas recourir : elle est d'ordre public, et ne peut être couverte par le silence des parties. Voy. en ce sens: Carpentier, *La Loi du 18 avril 1886*, n° 116. Vraye et Gode, *Divorce et séparation de corps*, I, n° 286. Coulon, III, 344. Cette doctrine nous paraît contraire au principe que nous avons défendu à la note 37 *suprà*.]

nal à avoir tel égard que de raison à leurs dépositions[39].

Par exception aux principes généraux en matière de preuve, l'aveu du défendeur ne forme pas, à lui seul, preuve complète de la vérité des faits allégués à l'appui d'une demande en [divorce][40]. Mais il pourrait et devrait même être pris en considération, s'il était corroboré par d'autres indices ou éléments de conviction[41].

D'un autre côté, le serment litis-décisoire ne peut être déféré sur des griefs servant de fondement à une demande en [divorce][42] ; et le juge ne serait pas même autorisé à déférer, sur l'un ou l'autre de ces griefs, un serment supplétoire[43].

[Avant la loi du 18 avril 1886], lorsque la demande en [divorce] [était] fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, la preuve de ce fait [devait] être établie de la manière indiquée par l'art. 261. [Ce texte est aujourd'hui abrogé, et il peut être suppléé au mode de preuve que prescrivait l'art. 261 par toutes autres pièces présentant un caractère authentique[43 bis].]

[39] Arg. art. [245]. *Par est ratio. Non obstant* art. 307 du Code Napoléon et 879 du Code de procédure : il ne s'agit pas ici de simples formes d'instruction. Proudhon, I, p. 358. Toullier, II, 769. Duranton, II, 607. Massol, p. 116, n° 19. Demolombe, IV, 479. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., 10, 1, 229. Paris, 12 décembre 1809, Sir., 15, 2, 202. Amiens, 5 juillet 1821, Sir., 22, 2, 237. Rennes, 22 janvier 1840, Sir., 40, 2, 149.

[40] Arg. art. 307 et 311 cbn. art. 870 du Code de procédure,. *Observations du Tribunat* (Locré, *Lég.*, V, p. 280, n° 32). Locré, sur l'art. 307, Proudhon, I, p. 534 et 535. Duranton, II, 602. Vazeille, II, 564. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, n° 9. Massol, p. 114, n° 18. Marcadé, sur l'art. 306, n° 4. Demolombe, IV, 474. Zachariæ, § 476, texte et note 6. Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 10, n° 3. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 759.

[41] Toullier, II, 759. Duranton, Vazeille, Favard et Marcadé, *locc. citt.* Demante, *Cours*, II, 8 *bis*, II. Zachariæ, *loc. cit.* Poitiers, 16 décembre 1852, Sir., 53, 2, 472. Req. rej., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 708, Req. rej., 29 avril 1862, Sir., 62, 1, 945.

[42] Toullier, X, 378. Merlin, *Rép.*, v° Serment, § 2, art. 2, n° 6, Favard, *Rép. eod v°*, sect. III, § 1, n° 6. Duranton, XII, 574. Massol, p. 125, n° 24. Demolombe, IV,, 475. Grenoble, 19 juillet, 1838. Sir., 39, 2, 415.

[43] Merlin, *op. et v° loc. citt.* Massol et Demolombe, *locc. citt.*

[[43] *bis*. Coulon, IV, 79.]

§ 477 (492 [4]).

Des personnes qui ont qualité pour former une demande en [*divorce*]. — *Des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à cette demande.*

1° Le droit de demander [le divorce] est exclusivement attaché à la personne des époux. Il ne saurait être exercé par leurs créanciers [1].

Ce droit s'éteint par la mort de l'un ou de l'autre époux. La demande en [divorce] ne peut être intentée, ni par les héritiers du conjoint prédécédé contre le survivant, ni par ce dernier contre les héritiers du premier [2]. Il y a plus : l'époux survivant ne serait pas recevable à suivre, contre les héritiers de son conjoint, l'action en [divorce] qu'il avait formée avant le décès de celui-ci ; et, réciproquement, les héritiers de l'époux prédécédé ne seraient pas admis à continuer, contre le conjoint survivant, l'action en [divorce] introduite par leur auteur [3].

[1] Cpr. § 312, note 32. Demolombe, IV, 427.

[2] La demande en [divorce] est une action *vindictam spirans*, qui s'éteint par la remise de l'injure. Or, cette remise doit naturellement se présumer, lorsque la demande en [divorce] n'a pas été introduite du vivant des deux époux. Cpr. art. 959. Voy. les auteurs cités à la note suivante.

[3] L'opinion contraire est enseignée par Zachariæ (§ 492, texte *in fine*, et § 578, texte et note 2) pour le cas où soit le conjoint survivant, soit les héritiers du prédécédé auraient un intérêt pécuniaire à faire judiciairement déclarer qu'il existait des motifs suffisants de [divorce]. Cpr. art. 299 et 1518. Voy. également en ce sens [pour la séparation de corps] : Delvincourt, I, p. 190, Duranton, II, 580; Vazeille, II, 585. Mais il est à remarquer que, dans le système même qui étend l'application de l'art. 299 à la séparation de corps, la révocation de plein droit des avantages faits à l'époux défendeur ne pourrait toujours résulter que d'une séparation prononcée, et qu'il ne saurait plus être question de la prononcer lorsque le mariage a été dissous par la mort de l'un des époux. La même observation s'applique à la privation du préciput de communauté. D'un autre côté, les règles de la procédure s'opposent à ce que l'époux demandeur ou ses héritiers puissent convertir une demande en séparation de corps, devenue sans objet, en une action en révo-

[Le tuteur de l'interdit judiciaire ne peut non plus, même avec l'autorisation du conseil de famille, former au nom de son pupille une demande en divorce[3] *bis*. Il peut seulement, avec l'autorisation du conseil de famille, former une demande en séparation de corps. Art. 307, al. 2[4]. Le tuteur de l'interdit légal peut au contraire former une demande en divorce au nom de son pupille, mais seulement sur sa réquisition ou avec son autorisation. Art. 234, al. 3.]

cation de donation pour cause d'ingratitude [Cpr. § 480, note. 16]. Il restera sans doute, dans l'une ou l'autre des hypothèses indiquées au texte, une question de dépens à vider. Mais ce n'est pas là un motif suffisant pour autoriser la continuation de l'instance, et le tribunal devra décider cette question d'après les éléments de la procédure au moment où elle a été interrompue par la mort de l'un des époux, comme il est bien obligé de le faire dans des cas analogues, par exemple, en matière d'interdiction ou de nomination d'un conseil judiciaire, quand le défendeur vient à décéder dans le cours de l'instance. [Tout cela s'applique trait pour trait au divorce.] Massol, p. 22, n° 4. Marcadé, sur l'art. 307, n° 5. Taulier, I, p. 368. Demolombe, IV, 429 à 431. Lesenne, *Revue pratique*, 1869, XXVII, p. 491 et suiv. Paris, 6 juillet 1814, Sir., 15 2, 272. Req. rej., 5 février 1851, Sir., 51, 1, 81. Lyon, 4 avril 1851, Sir., 1851, 2, 617. Paris, 10 février 1852, Sir., 53, 2, 77. Caen, 24 février 1855, Sir., 56, 2, 393. Rouen, 20 août 1863. Paris, 5 avril 1864. Metz, 30 août 1864, Sir., 64, 2, 224. Cpr. Caen, 3 mai 1864, Sir., *loc. cit.* Cet arrêt décide que les juges n'ont plus même, en pareil cas, le pouvoir de statuer sur les dépens.

[[3] *bis*. Une disposition expresse du projet qui est devenu la loi du 18 avril 1886 permettait au contraire au tuteur de l'interdit judiciaire de demander le divorce au nom de son pupille. Cette disposition a été supprimée, intentionnellement, croyons-nous, et remplacée par celle de l'art. 307, al. 2, qui autorise le tuteur à demander seulement la séparation de corps. Planiol, I[6], n° 1180. Cpr. Coulon, IV, 91.]

[4] [Avant la loi du 18 avril 1886, qui a ajouté un second alinéa à l'art. 307, la même solution pouvait s'autoriser de l'art. 450.] Massol, p. 26, n° 5. Demolombe, IV, 428. Magnin, *Des minorités*, I, 193. Lesenne, *op. cit.*, p. 486 et suiv. Colmar, 16 février 1832, Sir., 32, 2, 612. Bordeaux, 17 mai 1858, Sir., 59, 2, 429. Rouen, 26 juillet 1864, Sir., 65, 2, 44. Cpr. Paris, 21 juin 1841, Sir., 41, 2, 488. Ce dernier arrêt a même décidé que l'autorisation du conseil de famille n'était pas en pareil cas nécessaire. Mais il paraît avoir donné sous ce rapport une trop grande extension aux pouvoirs du tuteur. Cpr. § 114, texte et note 7.

[L'époux mineur ne peut d'ailleurs former une demande en divorce sans l'assistance de son curateur [4] *bis*. L'époux pourvu d'un conseil judiciaire ne peut agir non plus sans l'autorisation de son conseil [4] *ter*.]

2° *a* [La demande en divorce peut être écartée par une fin de non-recevoir dans les hypothèses et sous les conditions suivantes] [5] :

[*a*. Elle peut d'abord] être repoussée par une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation des deux époux, ou de la renonciation, expresse ou tacite [[5] *bis*] de l'époux au

[[4] *bis*. Voy. 5e éd., § 133, note 16 *bis*. La cour de Paris (22 mars 1894, Dall., 1894, 2, 472) et la cour d'Angers (4 janvier 1899, Dall., 1899, 2, 100) ont admis au contraire que l'autorisation du juge, dans l'hypothèse de l'art. 235, suffisait à l'époux mineur. Voy. en ce sens : Planiol, I6, n° 1184. Cette solution nous paraît difficilement conciliable avec celle de la note suivante. Cpr. Trib. de Limoges, 3 déc. 1908, Sir., 1909, 2, 228.]

[[4] *ter*. Voy. § 140, note 5. Planiol, I6, n° 1185. — En cas de refus injustifié, l'époux peut demander la nomination d'un conseil judiciaire *ad hoc*. Paris, 25 mars 1890, Sir., 1890, 2, 107.]

[5] [Les règles relatives aux fins de non-recevoir sont naturellement communes au divorce et à la séparation de corps.] Les causes de divorce et de séparation de corps étant les mêmes, et le législateur ne s'étant pas spécialement occupé des fins de non-recevoir qui pourraient être opposées à la demande en séparation de corps, il faut en conclure qu'il a été dans son intention d'étendre à cette dernière les fins de non-recevoir admises en matière de divorce. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps. § 2, n° 1. Toullier, II, 761. Duranton, II. 563 et 564. Vazeille, II, 575. Proudhon et Valette, I, p. 532. Massol. p. 60, n° 1, Demolombe, IV. 402. Zachariæ, § 492, texte et note 1re. Paris. 28 janvier 1822, Sir., 24, 2, 93.

[[5] *bis*. La cour de Lyon nous paraît avoir fait de cette règle incontestable une application hasardée dans son arrêt du 12 juin 1903, Sir., 1906, 2, 72, en décidant que l'époux défendeur qui pourrait lui-même demander reconventionnellement le divorce, pour des griefs d'ailleurs étrangers à ceux qu'invoque contre lui l'époux demandeur, et qui ne forme pas cette demande reconventionnelle, est réputé avoir renoncé à se prévaloir jamais de ces griefs, même pour former lui-même une demande postérieure et principale en divorce, à supposer que la demande formée contre lui n'ait pas abouti. Nous pensons, avec M. Lacoste (voir sa note sous l'arrêt), qu'il peut sans doute y avoir, dans ces conditions, mais qu'il n'y a pas toujours et nécessairement une renonciation tacite de l'époux défendeur au droit d'invoquer ultérieurement les anciens griefs.]

profit duquel le droit de demander [le divorce] se trouvait ouvert[6], à supposer, bien entendu, que les faits dont on prétend faire résulter la réconciliation ou la renonciation se soient passés à une époque où l'époux demandeur avait déjà obtenu connaissance des torts de son conjoint[7].

Cette exception peut être proposée contre toute demande en [divorce], quel qu'en soit le fondement ; elle est même proposable contre la demande fondée sur la condamnation e l'un des époux à une peine [afflictive et] infamante[8].

La loi n'ayant pas déterminé les circonstances constiutives ou indicatives de la réconciliation, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider si les faits dont on prétend la faire résulter l'établissent ou non d'une manière suffisante[9]. Ils pourraient, en usant de leur pouvoir

[6] Le Code ne parle, il est vrai, que de la réconciliation ; mais ce qu'il en dit doit également s'appliquer à toute espèce de renonciation, lors même qu'elle résulterait de faits qui ne constitueraient pas une réconciliation proprement dite. En effet, la réconciliation elle-même ne forme une fin de non-recevoir dans la matière qui nous occupe, que parce qu'elle emporte nécessairement renonciation à l'action ouverte au profit de l'époux offensé. Toute autre espèce de renonciation doit donc produire les mêmes effets. Zachariæ, § 477, texte et note 1re. Cpr. art. 232 ; texte et note 8 *infrà*.

[7] Massol, p. 67, n° 2. Demolombe, IV, 405. Zachariæ, § 477, texte et note 4 *bis*. Limoges, 21 juin 1835, Sir., 35, 2, 469. [Cass., 25 juillet 1882, Sir., 1885, 2, 49. Cass., 14 mars 1888, Sir., 1888, 1, 373.]

[8] Rien ne s'oppose, ni d'après le texte de la loi, ni d'après la nature [du divorce], à ce que l'un des époux renonce valablement au droit de le demander à raison de la condamnation à une peine [afflictive et] infamante qui aurait été prononcée contre l'autre. Duranton, II, 572 et 573, Massol, p. 68, n° 4. Demolombe, IV, 404. Zachariæ, § 477, texte et note 2. Voy. cep. en sens contraire : Locré, sur l'art. 272. Delvincourt, I, p. 193 ; Rouen, 8 février 1841, Dalloz, 1841, 2, 192. [Toulouse, 7 juillet 1886, Sir., 1886, 2, 209.]

[9] Zachariæ, § 477, note 3. Req. rej., 15 juin 1835, Sir., 37, 1, 89. Req. rej., 12 novembre 1862, Sir., 63, 1, 214. Cpr. Besançon, 20 février 1860, Sir., 60, 2, 229. [Cass., 25 juin 1889, Sir., 1890, 1, 71. Cass., 14 novembre 1898, Sir., 1899, 1, 336. Cass., 6 juin 1899. Sir., 1900, 1, 39. Cass., 14 avril 1902, Sir., 1902, 1, 400. Cass., 9 mai 1904, Sir., 1904, 1, 312. Cass., 10 janvier 1906, Sir., 1906, 1, 455. Cpr. enfin, comme exemple d'application extrême de cette idée, Cass., 10 mars 1908, Sir., 1908, 1, 308. La longanimité de l'époux offensé n'équivaut pas à réconciliation.]

discrétionnaire, se refuser à voir une preuve complète de réconciliation dans la cohabitation des époux, continuée pendant un temps plus ou moins long, dans le retour momentané de la femme au domicile conjugal [9 bis], et même dans le fait de sa grossesse[10]. A plus forte raison, pourraient-ils ne pas s'arrêter au désistement donné par le mari, de la plainte en adultère qu'il avait portée contre sa femme[11].

Du reste, il est indifférent que la réconciliation soit antérieure ou postérieure à l'introduction de la demande en [divorce], et qu'elle ait duré plus ou moins longtemps[12]. [En tout cas, la réconciliation, obtenue par le juge devant lequel les parties ont comparu par application de l'art. 238, et acceptée par l'époux en faute, qui entend se soumettre aux conditions, d'ailleurs légalement possibles, auxquelles l'époux offensé subordonne le pardon, ne peut plus être rétractée par ce dernier [12 bis].]

[9 *bis*. Dijon, 6 mars 1884, Sir., 1885, 2, 55.]

[10] Duranton, II, 571 à 573. Vazeille, II, 576. Marcadé, sur l'art. 307, n° 3. Demolombe, IV, 410 à 413. Besançon, 1er février 1806, Sir., 6, 2, 401. Paris, 16 avril 1807, Sir., 7, 2, 661. Req. rej., 25 mai 1808, Sir., 8, 1, 412. Gênes, 10 août 1811, et Rennes, 1er avril 1814, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III et IV. Req. rej., 15 juin 1836, Sir., 37, 1, 89. Paris, 21 novembre 1840, Sir., 41, 2, 68. Bordeaux, 4 juillet 1843, Sir., 43, 2, 573.

[11] Rouen, 18 novembre 1847, Sir., 48, 2, 813. [Il en serait autrement des démarches faites par le mari pour arrêter l'effet de la condamnation prononcée. L'art. 337 du Code pénal subordonne l'efficacité de ces démarches à la condition que le mari consente à reprendre la vie commune : il en résulte que le seul fait que ces démarches ont eu lieu suffit à établir que le mari consent à la reprendre, bien qu'il n'ait rien dit et alors même qu'il protesterait. Paris, 4 août 1888, Sir., 1889, 2, 13.]

[12] Zachariæ, § 477, texte et note 4, et note 3. — Les jugements qui après avoir admis l'existence de la réconciliation, rejetteraient la fin de non-recevoir qu'elle entraîne, sous prétexte de sa courte durée, encourraient la censure de la cour de cassation. Demolombe, IV, 406. Crim. cass., 8 décembre 1832, Sir., 33, 1, 528.

[12 *bis*. Cass., 25 juillet 1882 et 14 mars 1883. Sir., 1885, 2, 49, note Labbé. Elle pourrait être rétractée dans le cas contraire. Seine, 1er mai 1886 (Coulon, IV, 236). Sans doute, la réconciliation des époux au début de l'instance en divorce n'est pas une convention proprement dite, et nous pensons qu'il serait excessif de rattacher

[D'autre part, il se pourrait que des faits invoqués par l'époux en faute, à l'appui de la réconciliation qu'il allègue, fussent considérés comme insuffisants pour l'établir, mais pussent cependant être retenus par le juge à l'effet d'atténuer la gravité de l'injure invoquée par l'époux offensé, de telle sorte que la demande en divorce échouât, malgré l'absence d'une réconciliation proprement dite, faute d'une injure assez grave pour la justifier [12] *ter*.]

La fin de non-recevoir résultant de la réconciliation ou de la renonciation peut être proposée en tout état de cause, et même en instance d'appel [13].

Les faits de réconciliation ou de renonciation peuvent être établis au moyen des différents genres de preuve que la loi autorise. Art. 274 [ancien [13] *bis*]. L'aveu de l'époux auquel on oppose la fin de non-recevoir qui en résulte

la solution que nous donnons au texte à la règle générale en vertu de laquelle l'offre non acceptée d'un contrat ne lie pas son auteur. Cpr. § 343, note 11. Mais il nous semble que la réconciliation ne peut être considérée comme sérieuse que si l'époux en faute, au profit duquel elle intervient, se trouve dans des dispositions d'esprit correspondant à celles qui ont conduit l'époux offensé à lui pardonner : il accepte en effet la réconciliation comme un pardon de sa faute, ce qui signifie que, loin de discuter les conditions auxquelles l'époux offensé subordonne le pardon, il se soumet à ces conditions sans réserve, dans la mesure tout au moins où il s'agit de conditions légalement possibles, c'est-à-dire de conditions qui ne tendent à modifier ni les effets de la puissance maritale ou paternelle, ni les stipulations du contrat de mariage. Ce n'est qu'autant que la réconciliation se produit de cette manière et dans ces termes, qu'elle promet d'être sérieuse et durable, que l'on comprend que la loi en tienne compte, et que la rétractation n'en est pas possible.]

[[12] *ter*. Cass., 2 janvier 1900. Sir., 1901, 1, 412. Voy. encore, sur l'indivisibilité de la question de réconciliation et de la question de gravité de l'injure : Cass., 24 juillet 1889, Sir., 1892, 1, 388.]

[13] Arg. art. 2224, et Code de procédure, art. 464. En jugeant le contraire, par arg. de l'art. 256 du Code de procédure, la Cour d'Aix (21 décembre 1831, Sir., 33, 2, 518) nous paraît avoir fait une fausse application de cet article. Massol, p. 111, n° 16. Demolombe, IV, 421. [Voy. dans le sens de notre opinion, Lyon, 2 mars 1894. Sir., 1894, 2, 136. Cass., 9 mai 1904, Sir., 1904, 1, 312.]

[[13] *bis*. L'ancien art. 274 a été abrogé par la loi du 18 avril 1886, mais l'ancienne règle nous paraît devoir être maintenue malgré l'abrogation du texte. Coulon, IV, 245, et les autorités citées.]

suffit même pour qu'ils soient réputés constants[14]. D'un autre côté, rien ne s'oppose à ce que l'époux défendeur ne défère au demandeur le serment litis-décisoire sur le fait de la réconciliation[15].

Lorsqu'une demande en [divorce] a été écartée au moyen de la fin de non-recevoir dont s'agit, et que postérieurement il survient de nouvelles causes de [divorce], l'époux dont la première demande a été rejetée est non seulement autorisé à en former une seconde à raison de ces nouvelles causes, mais encore à invoquer, à l'appui de sa demande actuelle, les faits antérieurs à la réconciliation ou à la renonciation[16]. Il importe peu, à cet égard, que ces faits aient été articulés ou non dans la première demande[17], et qu'ils soient ou non de même nature que

[14] Arg. art. 274. Demolombe, IV, 420. [Trib. de Villeneuve-sur-Lot. 12 décembre 1891, Sir., 1892, 2, 188. Cpr. Cass., 1er mars 1899, Sir., 1899, 1, 264.]

[15] Arg. art. 274. Trèves, 28 mai 1813, Sir., 14, 2, 20. Voy. en sens contraire : Massol, p. 125, n° 24 ; Demolombe, IV, 420. L'opinion de ces auteurs nous semble contraire à l'esprit de la loi, aux yeux de laquelle la réconciliation est éminemment favorable. Si l'aveu du demandeur est suffisant pour établir le fait de la réconciliation, on ne voit pas pourquoi le défendeur ne serait pas, à défaut de preuve, admis à lui déférer le serment sur ce fait. Tout ce qu'il est permis de dire, c'est que le juge, qui trouverait dans la procédure des éléments de conviction suffisants pour reconnaître l'existence de la réconciliation, pourrait la déclarer constante sans s'arrêter à la déclaration du serment.

[16] [Cass., 15 janvier 1874, Sir., 1874, 1, 124. Cass., 8 mars 1904, Sir., 1904, 1, 240.] Il résulte évidemment de là que la seconde demande devrait être accueillie, quoique les nouveaux faits ne fussent point, par eux-mêmes, assez graves pour motiver la séparation, si, par leur réunion aux anciens faits, ils se trouvaient avoir un degré de gravité suffisant. Autrement entendu, l'art. [244] ne concéderait qu'une faculté complètement illusoire. Duranton, II, 566. Massol, p. 70, n° 5. Demolombe, IV, 423. Zachariæ, § 477, texte et note 6. Req. rej., 2 mars 1808, Sir., 8, 1, 202. Trèves, 28 mai 1813, Sir., 14, 2, 20. Cpr. Req. rej., 2 mars 1808, Sir., 8, 1, 202. [Cass., 19 mars 1887, Sir., 1887, 1, 470. Il faut cependant, croyons-nous, que les faits nouveaux présentent par eux-mêmes une certaine gravité. Cass., 18 janvier 1881, Sir., 1881, 1, 209. Cass., 16 avril 1894, Sir., 1895, 1, 309. Cass., 19 février 1895, Sir., 1895, 1, 176. Cass., 28 octobre 1901, Sir., 1903, 1, 404.]

[17] Duranton, II, 567. Demolombe, IV, 425. Vazeille, II, 580. Parin-

ceux à raison desquels la seconde demande a été formée[18] [art. 244].

A plus forte raison, l'époux qui intente, pour la première fois, une demande en [divorce], est-il autorisé à repousser l'exception de réconciliation ou de renonciation qu'on oppose à quelques-uns des faits invoqués à l'appui de sa demande, en prouvant qu'il s'est passé, postérieurement à la réconciliation ou à la renonciation, de nouveaux faits qui ont fait revivre les anciens[19]. Arg. *a fortiori*, art. [244, al. 2].

b. Une demande en [divorce] peut être repoussée par l'exception résultant de la chose jugée, lorsque cette demande est uniquement fondée sur les faits articulés à l'appui d'une demande antérieurement rejetée. Mais le rejet d'une demande précédente ne formerait aucun obstacle à l'introduction d'une demande subséquente, fondée sur des faits nouveaux, fussent-ils de même nature que les anciens[20]. On pourrait même, en pareil cas, se prévaloir, sans violer l'autorité de la chose jugée, des anciens faits qui n'auraient été primitivement écartés qu'à raison de leur peu de gravité, ou de l'insuffisance des preuves qu'on avait produites pour les établir[21]. Cpr. art. 1351.

gault, *Revue pratique*, 1860, IX, p. 193. Zachariæ, § 477, note 6, *in fine*. Paris, 28 janvier 1822, Sir., 24, 2, 93. Cpr. Req. rej., 8 juillet 1813, Sir., 15, 1, 128. [Cass., 3 février 1875, Sir., 1875, 1, 393.]

[18] Ainsi, des faits de sévices et d'injures peuvent faire revivre des faits d'adultère, et réciproquement. Vazeille, II, 577. Massol, p. 71, n° 6. Demolombe, IV, 424. Toulouse, 30 janvier 1821, Sir., 21, 2, 344. Req. rej., 6 juin 1853, Sir., 53, 1, 708.

[19] Vazeille, II, 581. Zachariæ, § 477, texte et note 7. Req. rej., 8 juillet 1813, Sir., 15, 1, 128. Voy. aussi les autorités citées aux 3 notes précédentes.

[20] Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 2, n° 3, Vazeille, II, 578 et 579.

[21] Arg. art. [244]. Duranton, II, 568. Vazeille, II, 579, Demolombe, IV, 425. Req. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 380. Paris, 28 janvier 1822, Sir., 22, 2, 93. Req. rej,, 13 mars 1860, Sir., 61, 1, 74. [Cass., 5 janvier 1874, Sir., 1874, 1, 124; Cass., 29 mars 1887, Sir., 1887, 1, 470. Il en serait autrement, s'il résultait du jugement rendu sur la première demande, non pas que les griefs invoqués par l'époux demandeur n'étaient pas suffisamment établis, mais qu'il était

c. L'exception résultant de la prescription trentenaire[22] est également, le cas échéant[23], proposable contre une demande en [divorce], uniquement fondée sur des faits qui remonteraient à plus de trente ans, et que n'auraient pas fait revivre des faits plus récents[24].

d. La demande en [divorce] n'est pas recevable, lorsque le demandeur a donné les mains aux faits illicites sur lesquels elle est fondée, par exemple, lorsque le mari a consenti à la prostitution de sa femme[25].

Si les deux époux se sont réciproquement rendus coupables des mêmes faits, l'un à l'égard de l'autre, ou si les fautes de l'un ont provoqué, de la part de l'autre, des fautes d'une nature différente, il ne résulte pas de là une exception de compensation, à l'aide de laquelle le défendeur puisse faire rejeter, comme non recevable, la demande en divorce intentée contre lui[26].

démontré qu'ils étaient imaginaires. Cpr. Amiens, 24 déc. 1885, Sir., 1887, 2, 124.]

[22] [L'ancien art. 277 interdisait le divorce par consentement mutuel après vingt ans de mariage. Mais cela ne s'appliquait ni à la séparation de corps, ni] même au divorce pour cause déterminée. Zachariæ, § 477, note 8, *in fine*. Trèves, 28 mai 1813, Sir., 14, 2, 20.

[23] C'est-à-dire, s'il n'y a pas eu, avant le terme de la prescription, de réconciliation entre les époux, ou si, en cas de réconciliation, l'époux défendeur préfère invoquer la prescription, pour ne pas être obligé de rapporter la preuve des faits de réconciliation.

[24] Art. 2262. Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 9, n° 2, p. 177, note 2. Zachariæ, § 477, texte et note 8. Voy. en sens contraire : Massol, p. 72, à la note; Demolombe, IV, 409. [Trib. d'Abbeville, 20 mai 1884, Sir., 1885, 2, 168. Trib. de Rambouillet, 3 août 1894, Sir., 1895, 2, 55.] En invoquant à l'appui de leur opinion l'art. 2253, [Massol et Demolombe] n'ont pas remarqué que cet article est nécessairement étranger à l'action en [divorce], puisque, d'une part, cette action ne peut être intentée que pendant le mariage, et que, d'autre part, le principal motif sur lequel repose la suspension de prescription, admise entre époux dans le but d'écarter tout ce qui pourrait troubler la paix du ménage, disparaît ici complètement.

[25] Vazeille, II, 584. Demolombe, IV, 415. Zachariæ, § 477, texte et note 9. Cpr. Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 9, n° 2, p. 177, note 3; Paris, 6 avril 1811, Sir., 12, 2, 14. [Paris, 18 juillet 1893, Sir., 1893, 2, 267. Bordeaux, 11 février 1907, Sir., 1908, 2, 76.]

[26] Merlin, *Quest.*, v° Adultère, § 8, n° 2, et § 10, n° 2. Toullier, II,

Mais les tribunaux sont autorisés à prendre en considération cette réciprocité de torts, soit pour apprécier le plus ou moins de gravité des griefs dont se plaint le demandeur en [divorce] et pour rejeter, le cas échéant, la demande, comme n'étant pas suffisamment motivée[27], soit pour décider les questions relatives à la garde des enfants[28], [soit enfin pour statuer sur l'allocation d'une

764. Marcadé, sur l'art. 307, n° 4. Demolombe, IV, 415 et 416. Zachariæ, § 477, texte et note 10. Orléans, 16 août 1820, Sir., 21, 2, 134. Req. rej., 9 mai 1821, Sir., 21, 1, 349. Req. rej., 30 mars 1859, Sir., 59, 1, 601. Paris, 9 juin 1860, Sir., 60, 2, 449. [Cass. (motifs), 18 janvier 1881, Sir., 1881, 1, 209. Cass., 6 décembre 1897, Sir., 1898, 1, 320.] Voy. aussi les autorités citées à la note suivante. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 574 à 576; Vazeille, II, 536; Valette, sur Proudhon, I, p. 522, note *a*; Massol, p. 39, n° 4, et p. 85, n° 13.

[27] Merlin, *Rép.*, v° Divorce, sect. IV, § 12. Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 2, n° 6. Zachariæ, § 477, texte et note 11. Req. rej., 14 prairial an XIII, Sir., 7, 2, 908. Metz, 7 mai 1807, Sir., 7, 2, 649. Toulouse, 9 janvier 1824, Sir., 24, 2, 170. Douai, 19 novembre 1846, Sir., 48, 2, 521. Montpellier, 7 juin 1853, Sir., 55, 2, 573. Req. rej., 4 décembre 1855, Sir., 56, 1, 814. [Paris, 31 mars 1873, Sir., 1874, 2, 1. Paris, 9 avril 1875, Sir., 1875, 2, 133. Cass., 20 novembre 1893, Sir., 1894, 1, 88. Cass., 16 avril 1894, Sir., 1895, 1, 309. Cass., 8 juillet 1895, Sir., 1895, 1, 311. Cass., 16 juillet 1895, Sir., 1895, 1, 311.] Voy. aussi les autorités citées à la note précédente. [Le tribunal ne pourrait d'ailleurs pas, s'il était saisi d'une demande principale en divorce et d'une demande reconventionnelle en séparation de corps (cpr. notes 29 et 29 *bis infrà*) et que les torts des deux époux lui parussent également démontrés, rejeter la demande en divorce et prononcer la séparation de corps aux torts des deux époux. Il pourrait, sans doute, prononcer la séparation de corps aux torts du demandeur en divorce, mais il ne pourrait, s'il jugeait suffisamment graves les torts du défendeur à l'instance en divorce, prononcer que le divorce. En prononçant, aux torts du défendeur, la séparation de corps que le demandeur en divorce ne demande pas, il modifierait arbitrairement l'objet de la demande. Amiens, 14 avril 1897, Sir., 1898, 2, 65. D'ailleurs, la cour d'appel, saisie par l'époux demandeur en divorce de l'appel contre le jugement de première instance qui aurait prononcé, sur la demande reconventionnelle en séparation de corps de l'autre époux, la séparation de corps aux torts de l'un et de l'autre, pourrait réformer le jugement en accordant le divorce à l'époux demandeur, tout en maintenant la partie du dispositif qui accorderait à l'époux défendeur la séparation de corps. Cass., 12 mars 1901, Sir., 1901, 1, 216.]

[28] Cpr. § [485 (494[4])], texte n° 2, et notes 13 à 17.

pension alimentaire dans les termes de l'art. 301[28 bis]].

D'un autre côté, l'époux défendeur serait, en pareil cas, admis à former une demande reconventionelle en [divorce ou en séparation de corps[29] par un simple acte de conclusions. Art. 239[29 bis]]. Une pareille demande [est recevable, non seulement en première instance, mais aussi en instance d'appel. Art. 248. (Loi du 18 avril 1886)[30]].

La demande en séparation de biens, qu'elle ait été admise ou rejetée, ne forme point, par elle-même, obstacle à la demande en séparation de corps que la femme

[28 *bis*. Cass., 24 novembre 1886, Sir., 1888, 1, 433. Orléans (mêmes parties), 30 mars 1887, Sir., 1888, 2, 216. Paris, 16 juin 1888, Sir., 1889, 2, 103.]

29 Marcadé, *loc. cit.*, Demolombe, IV, 416. Cpr. Bordeaux, 23 janvier 1866, Sir., 66, 2, 108. [Riom, 1er février 1888, Sir., 1890, 2, 207. Paris, 27 juin 1888, Sir., 1891, 2, 62. Bordeaux, 13 novembre 1893, Sir., 1894, 2, 80. Poitiers, 18 janvier 1894, Sir., 1894, 2, 235. Amiens, 14 avril 1897, Sir., 1898, 2, 65. Cass., 16 mai 1899. Sir., 1899, 1, 440.]

[29 *bis*. Sans doute, l'art. 239 ne parle que des demandes reconventionnelles en divorce, alors que le texte du projet visait également et autorisait les demandes reconventionnelles en séparation de corps. Il semblerait qu'il faille en conclure que dans l'instance en divorce, la demande reconventionnelle en divorce est désormais seule possible. Cette interprétation ne serait pas exacte. Dans l'instance en séparation de corps, la demande reconventionnelle en séparation de corps est possible, aux termes de l'art. 307 (Loi du 18 avril 1886), qui renvoie aux art. 236 à 244. Il n'y a donc pas de raison de procédure pour écarter la demande reconventionnelle en séparation de corps de l'instance de divorce. Voy. en ce sens : Coulon, IV, 172, et les arrêts cités à la note 29 *suprà*. Bien entendu, la séparation de corps ne sera prononcée, dans ces conditions, qu'autant que besoin en sera, c'est-à-dire : 1° pour le cas où la demande en divorce serait repoussée; 2° pour le cas où elle serait accueillie, mais où la transcription du jugement de divorce ne se produirait pas dans le délai de l'art. 252 ; 3° même pour le cas où cette transcription se produirait, en tant qu'il s'agirait des effets de la séparation de corps quant aux intérêts pécuniaires. Art. 299, 300. 301. Voy. en ce sens : Coulon, IV, 157, et les autorités citées. Rouen, 7 août 1888, Sir., 1890, 2, 51. Bordeaux, 13 novembre 1893, Sir., 1894, 2, 80. Poitiers, 13 janvier 1894, Sir., 1894, 2, 235. Cass., 16 mai 1899, Sir., 1899, 1, 440. Cass., 7 novembre 1899, Sir., 1900, 1, 169. Voy. en sens contraire : Alger, 19 juin 1895, Sir., 1896, 2, 35.]

intenterait ultérieurement[31]. [Pour le divorce, la question ne se pose même pas.]

§ 478 (493[4]).

De la procédure à suivre sur la demande en [divorce]. — Des mesures provisoires auxquelles cette demande peut donner lieu.

[1° La procédure du divorce est réglementée aujourd'hui par la loi du 18 avril 1886. Le Code civil contenait, dans ses art. 234 à 274, des règles de procédure que la

[30] [Sous le régime de la loi du 8 mai 1816, nous pensions que la demande reconventionnelle en séparation de corps, formée par le défendeur à l'instance en séparation de corps, ne pouvait se produire qu'en première instance et qu'elle n'était pas recevable en instance d'appel.] Lesenne, *Revue critique*, 1870, XXXVI, p. 247. Dutruc, Sir., 64. 2, 89, à la note. Toulouse, 14 mai 1813, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IV, 2, 306. Angers, 8 avril 1840, Sir., 40, 2, 411. Paris, 21 août 1868, Sir., 68, 2, 352. Cpr. Civ. cass., 4 mai 1859, Sir., 59, 1, 609. Voy. en sens contraire : Demolombe, IV, 437 ; Nancy, 21 janvier 1858 et 16 décembre 1859, Sir., 58, 2, 75, et 60, 2, 272. Cette dernière opinion nous [paraissait] devoir être écartée par le motif qu'il ne saurait dépendre de l'un des époux de priver l'autre du bénéfice des deux degrés de juridiction. En vain [opposait-on] l'art. 464 du Code de procédure : une demande en séparation de corps, produite sous forme de reconvention, ne peut tendre à compensation, et ne constitue pas une simple défense à la demande principale. [Aujourd'hui, l'art. 248 dispose expressément que dans l'instance en divorce, la demande reconventionnelle en divorce est possible en appel. Selon nous, il doit en être de même, dans l'instance en divorce, de la demande reconventionnelle en séparation de corps. Le défendeur à l'instance en divorce, intimé ou appelant, pourrait incontestablement former en appel une demande reconventionnelle en divorce. Art. 248. Il pourrait ensuite la transformer en une demande en séparation de corps. Art. 239. Pourquoi ne pas lui permettre de former directement une demande reconventionnelle en séparation de corps ? Coulon, IV, 180.]

[31] Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 2, n° 2. Toullier, II, 763, Duranton, II, 579. Vazeille, II, 583, Massol, p. 81, n° 11. Demolombe, IV, 418. Zachariæ, § 492, texte et note 2. Req. rej., 23 août 1809, Sir., 9, 1, 434. Limoges, 3 juillet 1839. Dalloz, 1840, 2, 55. Paris, 6 août 1840, Sir., 41, 2, 48. — On jugeait autrefois le contraire. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 2, n° 2.

loi du 8 mai 1816 avait naturellement abrogées, et que la loi du 27 juillet 1884 avait fait revivre, en y apportant toutefois quelques modifications, dans les art. 234, 235, 248, 261 et 263. — La loi du 18 avril 1886 a remanié les dispositions primitives des art. 234 à 252; en outre, elle a fait rentrer dans le texte nouveau de ces articles des dispositions qui figuraient avant elle dans les art. 259 et 274, qu'elle a abrogés. — L'art. 246 correspond aux anciens articles 259 et 260, l'art 241 à l'ancien art. 269, l'art 242 à l'ancien art. 270, l'art. 243 à l'ancien art. 271, l'art. 244 aux anciens art. 272 à 274.

La loi du 18 avril 1886 a simplifié la procédure, et substitué, en outre, à la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, après le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce, la transcription de ce jugement ou de cet arrêt sur les registres de l'état civil. Insérée elle-même au Code civil, la loi du 18 avril 1886 a laissé à la procédure du divorce les caractères qui résultaient pour cette procédure de l'insertion dans le Code civil des textes qui la réglementaient. La procédure, ici, touche au fond du droit[1].

[[1] La dissolution du mariage pour une cause postérieure à la célébration peut se concevoir, en législation, soit comme la sanction de l'infraction des époux ou de l'un d'eux aux obligations qui résultent du mariage, soit comme la rupture du lien conjugal, en dehors de toute idée de faute, en conséquence d'un cas fortuit tel que la folie ou l'absence de l'un des époux, qui fait disparaître la communauté d'existence qui est la conséquence naturelle du mariage. De ces deux conceptions, la première est actuellement celle de la loi française. Cpr. § 475. — Ceci posé, la dissolution du mariage, en tant qu'elle est considérée comme une sanction de l'infraction des époux ou de l'un d'eux aux obligations qui résultent du mariage, peut être conçue soit comme la sanction, judiciairement contrôlée et d'ailleurs applicable aux deux époux indistinctement, de cette infraction, soit comme la sanction réservée au mari vis-à-vis de la femme et arbitrairement applicable à celle-ci par celui-là. De ces deux conceptions, la première est actuellement celle de la loi française. — Ces différences fondamentales dans la conception de l'institution se traduisent, au moins dans une large mesure, par la procédure, qui touche dès lors ici beaucoup plus à l'esprit de l'institution qui la sanctionne qu'elle ne touche, d'ordinaire, au fond du litige, puisqu'elle est la même, quel que soit le

Entre autres conséquences de cette idée, on notera que les dispositions du Code de procédure ne peuvent être appliquées à l'instance en divorce qu'autant que les dispositions spéciales des art. 234 à 252 le permettent implicitement[2], ou y renvoient expressément.

La demande en divorce doit être portée au tribunal du domicile du défendeur[3] et ce tribunal resterait compétent pour en connaître quand même ce dernier viendrait à changer de domicile après l'essai de conciliation dont il va être parlé, et avant l'assignation[4]. La prorogation volontaire

litige. — Nous admettons volontiers avec M. Planiol, I[6], n° 1176, que si la procédure du divorce a été réglementée par le Code civil et non par le Code de procédure, c'est parce que les abus de la législation de 1792 étaient tels qu'en 1803, on a saisi l'occasion de les réprimer, sans attendre, pour le faire, l'année 1806. — Mais s'il y a, dans cette insertion, au Code civil, de dispositions dont il semble que la place eût été naturellement au Code de procédure, un accident, c'est, croyons-nous, un heureux accident, en ce sens qu'il s'accorde tout à fait avec l'idée que nous nous faisons du caractère de la procédure du divorce.]

[[2] Cpr. § 476 (491[4]), notes 37 à 39.]

[[3] Ce tribunal sera, le plus souvent, le tribunal du domicile du mari, même si la femme est défenderesse, art. 108. Mais ce pourrait être le tribunal du domicile distinct de la femme, si la femme défenderesse est déjà séparée de corps. Planiol, I[6], n° 1188.]

[4] (§ 493[4], note 2.) Code de procédure, art. 875, cbn. Code Napoléon, art. 108 ; Carré, *op. cit.*, III, quest. 2965 ; Proudhon, I, p. 535 ; Vazeille, II, 562 ; Rauter, *Cours de procédure civile*, § 345, note *a* ; Demolombe, IV, 447. Req. régl., 27 juillet 1825, Sir., 25, 1, 264. Paris, 7 août 1835, Sir., 35, 2, 493. [Ces références, que nous empruntons littéralement à la note 2 du § 493 de la 4e édition du *Cours de droit civil français* de MM. Aubry et Rau, s'appliquent à la difficulté que nous examinons au texte, en tant que cette difficulté se présente en matière de séparation de corps. Mais la solution qu'elles appuient nous paraît devoir être étendue à l'hypothèse du divorce. Voy. Cass., 8 déc. 1880, Sirey, 1882, 1, 103. Douai, 5 janvier 1903, Dall., 1903, 2, 152. L'instance en divorce est réputée liée à la date de l'essai de conciliation dont nous parlons au texte, plus précisément, à la date de la requête de l'art. 234, par laquelle s'ouvre cet essai de conciliation, le tout, en ce qui concerne le caractère définitif de la saisine du tribunal devant lequel la demande en divorce est portée, et à supposer que ce tribunal soit compétent pour en connaître. Cpr. la note suivante.] — Une étrangère, dont le mari n'a point été admis à établir

de juridiction au profit d'un tribunal incompétent *ratione personæ* ne résulterait d'ailleurs que de la comparution volontaire du conjoint défendeur devant le juge dans les conditions de l'art. 238, et de la renonciation de ce conjoint à l'exception d'incompétence, en conséquence de cette comparution[5].

son domicile en France, peut-elle porter devant les tribunaux français une demande [en divorce ou] en séparation de corps? Voy. pour la négative : § 748 *bis*, texte n° 3.

[[5] Paris, 5 août 1886, Dall., 1887, 2, 117, note Glasson. Paris, 5 février 1889, Dall., 1890, 2, 358. Grenoble, 2 mai 1891, Dall., 1892, 2, 561. Cass., 1er juin 1891, Dall., 1893, 1, 428. Paris, 15 mars 1892, Dall., 1893, 2, 367. Amiens, 2 mars 1909, Dall., 1911, 2, 130. Toute la procédure du divorce, jusqu'au permis d'assigner de l'art. 238, est une procédure de conciliation, et il peut évidemment paraître singulier qu'on s'y attache pour fixer la compétence *ratione personæ* du tribunal devant lequel la demande en divorce sera ultérieurement portée, tant en ce qui concerne l'hypothèse d'un changement de domicile postérieur à la requête (cpr. note 4 *suprà*) qu'en ce qui concerne l'hypothèse d'une renonciation du défendeur à l'exception d'incompétence résultant de sa comparution devant le juge incompétent. Ces solutions s'expliquent, selon nous, par le caractère tout particulier de la procédure de conciliation en matière de divorce. Cette procédure de conciliation et la procédure contentieuse qui la suit sont étroitement liées l'une à l'autre (cpr. note 7 *infrà*) comme sont liés l'un à l'autre, en matière de divorce, la procédure et le fond du droit (cpr. note 1 *suprà*). Tout cela est spécial au divorce, et il ne faut pas juger des pouvoirs du juge saisi de la requête comme on jugerait des pouvoirs du magistrat conciliateur de droit commun. L'opposition des deux idées de conciliation et de juridiction est beaucoup moins forte dans la procédure de conciliation qui précède l'instance en divorce que dans la procédure de conciliation de droit commun. C'est cette idée qui nous paraît justifier la détermination, par et au cours de la procédure de conciliation, de la compétence *ratione personæ* du tribunal devant lequel la demande en divorce sera ultérieurement portée. La seule question, à nos yeux, qui prête sérieusement au doute, dans cet ordre d'idées, est celle de savoir quels sont et comment peuvent se comprendre les pouvoirs du juge saisi de la requête devant qui est soulevée l'exception d'incompétence par l'époux défendeur. Nous pensons que si l'instance en divorce peut être réputée liée devant lui, dans l'hypothèse où il est compétent à la date de la requête, et où le défendeur changerait ensuite de domicile, comme dans l'hypothèse où il est incompétent, et où le défendeur renonce à l'exception d'incompétence en comparaissant devant lui, il faut aller jusqu'à

La demande en divorce doit être précédée d'un essai de conciliation auquel il est procédé dans les conditions fixées par les art. 234 à 238, et ce, même dans l'hypothèse où le divorce est demandé par application de l'art. 232[6], et dans tous les cas, à peine de nullité de toute procédure ultérieure[7]. Cependant, ce préliminaire devient sans objet et n'est plus exigé lorsque la demande est formée reconventionnellement par l'époux défendeur à une action principale en divorce[8]. Ce préliminaire, lorsqu'il est nécessaire,

admettre qu'il peut statuer, aux lieu et place du tribunal qu'il représente, sur l'exception d'incompétence. Nous arrivons ainsi aux conséquences suivantes : 1° Sa décision sur ce point est une décision contentieuse, à laquelle on ne saurait substituer un simple donné acte de l'exception soulevée. Paris, 15 mars 1892, Dall., 1893, 2, 367. Voy. en sens contraire : Lyon, 17 mars 1891, Sir., 1892, 2, 1. Nîmes, 15 février 1892, Sir., 1892, 2, 39; 2° Sa décision est une décision contentieuse susceptible d'appel dans les conditions et dans le délai de l'art. 238 du Code civil et de l'art. 809 du Code de procédure. Voy. en ce sens : Grenoble, 2 mai 1891, Sir., 1893, 2, 177, (note Tissier); 3° L'appel doit être porté devant la cour, comme si la décision avait été rendue par le tribunal, auquel le juge saisi de la requête est substitué sur ce point. Voy. en ce sens : Paris, 5 février 1889, Dall., 1890, 2, 358, et Grenoble, 2 mai 1891, précité. Ces pouvoirs du juge saisi de la requête, en ce qui concerne, à tous égards, la détermination de la compétence *ratione personæ*, dans l'hypothèse de la poursuite de l'instance en divorce, correspondent d'ailleurs à ceux qui lui appartiennent incontestablement en ce qui concerne la réconciliation des époux dans l'hypothèse inverse. Cpr. § 477, texte et note 12 *bis*.]

[[6] Il en était autrement sous l'empire de l'ancien art. 261. Mais la procédure sommaire de l'art. 261, pour le cas où le divorce était demandé par application de l'art. 232, a été supprimée par la loi du 18 avril 1886, et la solution que nous donnons au texte nous paraît être une conséquence de cette suppression. L'exposé des motifs de la loi de 1886 et le rapport de M. Labiche au Sénat sont en ce sens. Coulon, IV, 126. Rouen, 19 juillet 1905, Sir., 1906, 2, 45.]

[7] (§ 493[4], note 3). Paris, 3 juin 1854, Sir., 1854, 2, 647.

[8] (§ 493[4], note 4). [Il en était ainsi, avant la loi du 27 juillet 1884, pour la séparation de corps.] Arg. Code de procédure, art. 48 et 49. Demolombe, IV, 436. Bourges, 24 mars 1840, Sir., 40, 2, 503. Bordeaux, 4 juillet 1843, Sir., 43, 2, 573. Rennes, 12 février 1844, Pal., 1844, 1, 525. Civ. rej., 28 mai 1846, Sir., 46, 1, 747. Nancy, 2 janvier 1858, Sir., 58, 2, 75, Nancy, 16 décembre 1859, Sir., 60, 2, 272. Pau, 19 avril 1864, Sir., 64, 2, 89. Orléans, 29 juillet 1864, Sir., 64, 2, 188 et 189. Colmar, 24 novembre 1864, Sir., 65, 2, 58.

suppose d'ailleurs essentiellement la comparution personnelle des parties devant le juge, quelles que soient les difficultés de fait qui puissent s'y opposer[9].

En cas de non-conciliation sur la première comparution des parties devant lui, le juge peut prolonger l'épreuve de conciliation, et, à cet effet, ajourner les parties à un délai qui ne peut dépasser vingt jours. Art. 238, al. 6. L'ordonnance qu'il rend dans ces conditions n'est pas susceptible d'appel, en tant du moins qu'elle a pour objet, comme il vient d'être dit, de prolonger l'épreuve de conciliation[10]. Il en est autrement, en ce qui concerne les mesures provisoires qui y sont prises[11].

En cas de non-conciliation définitive, soit que la seconde tentative de conciliation dont il vient d'être question n'ait pas abouti, soit que le juge n'ait pas cru devoir y recourir, celui-ci rend une ordonnance par laquelle il permet au demandeur de citer son conjoint à fin de divorce : il ne peut se refuser à la rendre[12]. Cette ordonnance ne vaut, au moins en ce qui concerne les mesures provisoires qui y sont prises[13], que pour un délai de vingt

Bordeaux, 23 août, et Aix, 4 décembre 1865, Sir., 66, 2, 60. Voy. en sens contraire : Massol, p. 96, n° 3; Rodière, *Procédure civile*, III, p. 378; Dutruc, Sir., 64, 2, 89, à la note; Lesenne, *Revue critique*, 1870, XXXVI, p. 241 et suiv. Paris, 10 mars 1864, Sir., 64, 2, 89 à 91. Bordeaux, 11 juillet 1864, Sir., 64, 2, 188. Agen, 30 novembre 1864. Paris, 13 janvier et 23 février 1865, Sir., 65, 2, 58 et 59. — Mais une demande en séparation de corps ne pourrait être reconventionnellement formée à une demande principale en réintégration du domicile conjugal, sans accomplissement du préliminaire prescrit par les art. 875 et suiv. du Code de procédure. Civ. cass., 4 mars 1859, Sir., 59, 1, 609.

[[9] Rouen, 19 juillet 1905, Sir., 1906, 2, 45.]

[[10] Coulon, IV, 132.]

[[11] Cpr. § 478, note 71. Il y a là, selon nous, une règle absolument générale, réserve faite de ce qui est dit § 478, notes 72 et 73. Cpr. aussi la note 5 *suprà*.]

[[12] Montpellier, 31 octobre 1905, Sir., 1906, 2, 30.]

[[13] Après l'expiration du délai de vingt jours, les mesures provisoires primitivement prises sont de plein droit non avenues, et pour le cas où il aurait déjà été fait appel de la décision d'où elles résultaient, la cour d'appel se trouve, de plein droit, dessaisie. Paris, 8 février 1908, Sir., 1909, 2, 25.]

jours[14], à dater de celui où elle a été rendue[15], mais continue à produire ses effets, même après l'expiration de ce délai et jusqu'à la péremption d'instance[16], quant à la permission donnée au conjoint qui l'a obtenue de citer son conjoint devant le tribunal à fin de divorce[17].]

La demande en [divorce] s'instruit dans les mêmes formes que les autres demandes, [le ministère public entendu. Art. 239.] Les enquêtes doivent avoir lieu comme en matière ordinaire [conformément aux art. 252 et suiv. du Code de procédure civile, art. 245], elles ne peuvent être faites sommairement et à l'audience[18].

Le demandeur est recevable à proposer, à l'appui de sa demande, des faits qui n'auraient pas été indiqués dans sa requête introductive[19]. Le tribunal pourrait même, après le jugement qui a ordonné l'enquête, l'autoriser, selon les circonstances, à faire preuve de faits non encore allégués, qu'ils fussent antérieurs ou postérieurs à l'introduction de

[[14] Ce délai n'ayant pas pour point de départ une signification à personne ou domicile, ne comporte pas d'augmentation à raison des distances. Cass., 27 février 1903, Sir., 1905, 1, 300.]

[[15] Cpr. § 49, notes 15 à 19.]

[[16] Beudant, *Des personnes*, II, n° 409.]

[[17] La procédure du divorce se rapproche ici, nécessairement, du régime de droit commun de la non-conciliation. Cpr. Cod. proc. civ., art. 57.]

[18] (§ 493[4], note 10.) Carré, *op. cit.*, III, quest. 2982; Duranton, II, 606; Demolombe, IV, 478, Colmar, 22 avril 1807, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, II. — La disposition de l'art. 293 du Code de procédure est-elle applicable en matière de [divorce et de] séparation de corps ? Voy. pour la négative : Chauveau, sur Carré, *Lois de la procédure*, n° 1134 *bis*; Rodière, *Procédure civile*, II, p. 156; Bonnier, *Des preuves*, n° 174. Dijon, 29 mai 1845, Sir., 46, 2, 173. Nancy, 28 décembre 1860, Sir., 61, 2, 192. — Voy. pour l'affirmative : Douai, 5 novembre 1860 et 13 mars 1869, Sir., 61, 2, 260, et 69, 2, 238. Mais on admet, dans cette dernière opinion, que les juges peuvent d'office, en vertu de l'art. 254 du Code de procédure, ordonner la preuve des faits propres à éclairer leur religion.

[19] (§ 493[4], note 11.) L'art. 875 du Code de procédure n'attache à cette omission aucune déchéance; et il est d'autant moins permis d'en créer une, que cet article n'exige qu'une indication sommaire des faits. Duranton, II, 600. Carré, *op. cit.*, III, quest. 2966. Vazeille, II, 582. Massol, p. 111, n° 16. Demolombe, IV, 482. Req. rej., 26 mai 1807, Sir., 7, 1, 483. Metz, 8 juillet 1824, Sir, 25, 2, 331.

la demande[20]. D'un autre côté, rien ne s'oppose à ce que le demandeur fasse valoir en instance d'appel des faits qu'il n'aurait pas articulés en première instance[21].

La demande en [divorce] se juge [dans les mêmes formes] que toute autre demande, et sur les conclusions du ministère public[22]. [Art. 239, sauf les particularités suivantes :]

[*a*. Si l'époux défendeur ne comparaît pas, le tribunal, avant de statuer sur le fond, peut ordonner l'insertion, dans les journaux, d'un avis de forme discrète, destiné à faire connaître à cet époux la demande dont il a été l'objet. Art. 247, 1er al. Le tribunal désigne à son gré ces journaux, dans le ressort de sa juridiction ou même en dehors de ce ressort[23]. La décision par laquelle il prescrit cette insertion n'a pas les caractères d'une décision contentieuse et n'est pas susceptible d'appel[24].

Si le divorce est prononcé par défaut faute de comparaître, le jugement ou l'arrêt qui le prononce est signifié au défaillant par huissier commis[25]. Art. 247, 2e al.

L'opposition du défaillant au jugement ou à l'arrêt rendu par défaut est recevable pendant le délai d'un mois à dater de la signification faite à sa personne[26]. Faute de signification faite à sa personne, l'opposition est recevable pen-

[20] (§ 493 4, note 12.) Demolombe, *loc. cit.*; Dijon, 29 mai 1845, Sir., 46, 2, 173. Voy. en sens contraire : Duranton, *loc. cit.*; Bruxelles, 27 floréal an XIII, Sir., 5, 2, 259. Cpr. aussi : Poitiers, 21 janvier 1808, Sir., 13, 2, 300.

[21] (§ 493 4, note 13.) Vazeille, Massol et Demolombe. *locc. citt.*; Zachariæ, § 493, note 1. Poitiers, 18 février 1825, Sir., 27, 2, 261. Bruxelles, 14 octobre 1830, Sir., 31, 2, 60, Req. rej., 15 juin 1836, Sir., 37, 1, 89. Dijon, 29 mai 1845, Sir., 46, 2, 173. Req. rej., 3 avril 1865, Sir., 65, 1, 255. Poitiers, 1er avril 1867, Sir., 68, 2, 349. Voy. en sens contraire : Duranton, II, 602; Carré, *op. cit.*, III, quest. 2967; Paris, 23 avril 1806, Sir., 6, 2, 248. Cpr. aussi : Rouen, 12 janvier 1842, Sir., 42, 2, 373.

[22] (§ 493 4, note 14.) Est nul le jugement qui ne constate pas que le ministère public a été entendu. Grenoble, 23 janvier 1865, Sir., 65, 2, 204.

[[23] Coulon, IV, 224.]

[[24] En effet, il n'est pas rendu sur les conclusions du demandeur, Coulon, IV, 225.]

[[25] A peine de nullité. Lyon, 24 juillet 1907, Sir., 1908, 2, 234.]

[[26] La copie ayant été remise en ses mains propres. Coulon, IV, 352.]

dant un délai de huit mois à dater du dernier acte de publicité qui aura été fait par application des règles dont il va être question. Art. 247, 3e al.

Dans le cas où la signification n'a pas été faite à la personne du défaillant et sans qu'il y ait lieu de rechercher si le défaillant a eu ou non connaissance de la procédure dirigée contre lui, l'époux qui a obtenu le jugement ou l'arrêt par défaut présente au président une requête à l'effet de faire ordonner la publication[27], par extrait, du jugement ou de l'arrêt, dans les journaux que le président désigne à son gré. Le numéro légalisé du dernier journal qui aura publié cet extrait déterminera le point de départ du délai de huit mois imparti au défendeur pour faire opposition.

Les règles du droit commun sur l'exécution du jugement par défaut dans les six mois de leur obtention (Cod. proc. civ., art. 156) ne sont pas applicables au jugement de divorce rendu par défaut faute de comparaître[28].

Si le divorce est prononcé par défaut faute de conclure, les règles spéciales de l'art. 247 ne s'appliquent plus et le droit commun reprend son empire[29].

b. Lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle qui est prévue à l'art. 232, le tribunal, après la clôture des débats, et à supposer que la demande soit justifiée[30], peut surseoir à prononcer le divorce[31], sous la condition de maintenir ou de prescrire

[[27] Le président peut prescrire plusieurs publications successives. Coulon, IV, 351.]

[[28] Coulon, IV, 355 et les autorités citées.]

[[29] Coulon, IV, 353, et les autorités citées.]

[[30] Lemaire, *op. cit. infrà*, nos 37 et suiv.]

[[31] Le sursis de l'art. 246 est la dernière transformation d'une institution que les art. 259 et 260 (anciens) sanctionnaient déjà, pour le divorce du Code civil, et dont l'élaboration législative s'était faite assez difficilement en 1804. V. Lemaire, *Étude sur le pouvoir de sursis en matière de divorce*, 1912. Les rédacteurs du Code civil, désireux de marquer la différence entre les excès, sévices et injures d'une part, l'adultère et la condamnation à une peine infamante, de l'autre, avaient songé d'abord à ne permettre dans le premier cas que la séparation de corps, avec faculté de conversion après trois ans (Proposition Boulay. Fenet, IX, 290, 299, 301).

C'était vouloir donner satisfaction aux intérêts spéciaux auxquels répond l'institution du sursis, et qui seront indiqués plus loin, par l'institution toute différente de la conversion. La confusion fut dissipée au Conseil d'État, dont la section de législation, dans la rédaction nouvelle qu'elle fit des art. 32 et 33 du projet (Fenet, IX, 401) dégagea nettement l'institution du sursis de celle de la conversion, mais en conservant cependant quelque chose de la conception primitive, à savoir *l'obligation* pour le juge, saisi de la demande en divorce, de retarder pendant un an le jugement définitif admettant le divorce, obligation qui correspondait, dans le système nouveau, à la nécessité pour l'époux demandeur, dans la conception primitive, de recourir en pareil cas seulement à la séparation de corps, réserve faite de la possibilité ultérieure de la conversion de la séparation de corps en divorce. L'institution tendait manifestement, par son caractère impératif, et par les origines que l'analyse qui précède conduit à lui assigner, à restreindre l'exercice de la faculté de divorcer pour cause d'excès, sévices ou injures. Le caractère impératif disparut sur les observations de la section de législation du Tribunat (Fenet, IX, 436), mais l'esprit de l'institution resta le même (*Rapport* de Treilhard au Corps législatif, Fenet, IX, 484), et, dans la pensée du législateur de 1804, l'application du sursis devait être *la règle*. Ce qui marquait mieux encore sa pensée, c'est que le demandeur en divorce avait seul le droit, à l'expiration du délai de sursis, de reprendre la procédure et de faire prononcer le divorce. Art. 260. — Dans la discussion de la loi du 27 juillet 1884, le caractère du sursis changea complètement. Le rapporteur de la loi au Sénat, en demandant à cette assemblée d'écarter un contre-projet qui, non seulement, reprenait la conception de la section de législation du Conseil d'État, en ce sens qu'il imposait au juge l'obligation de surseoir, mais qui remontait jusqu'à la conception primitive de la confusion de la conversion de la séparation de corps en divorce et de l'institution du sursis, présenta expressément l'institution du sursis comme une institution de caractère exceptionnel, et c'est sur cette argumentation que le Sénat repoussa le contre-projet. — Ce caractère exceptionnel de l'institution fut souligné de nouveau dans l'exposé des motifs, rédigé par les soins du garde des sceaux, du projet de loi qui allait devenir la loi du 18 avril 1886 ; la réduction à six mois, par le nouvel art. 246, du délai d'un an des art. 259 et 260 l'accentua encore. D'autre part, le système du sursis fut étendu à l'hypothèse de l'adultère, et enfin, le défendeur à l'instance en divorce reçut lui-même du texte nouveau le droit que l'art. 260 lui refusait expressément, celui de reprendre la procédure à l'expiration du délai de sursis et de faire prononcer le divorce. — L'esprit de l'institution a donc complètement changé. Primitivement conçue comme un moyen pour le juge de restreindre l'exercice de la faculté de divorcer pour cause d'excès, sévices ou injures, elle a pris, en définitive, le caractère d'un procédé possible de réconciliation

l'habitation séparée des époux [32] et les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires, le tout, pour un délai qui ne peut excéder six mois. Art. 246, 1er et 2e al.

Cette faculté ne se confond pas avec celle qui appartient au juge, dans toute affaire civile, de surseoir à statuer, après la clôture des débats, à l'effet de délibérer sur l'affaire, soit par voie de délibéré simple, soit par voie de délibéré sur rapport[33].

Cette faculté n'appartient qu'au juge de première instance[34]. Mais elle lui appartient, même à supposer que l'époux défendeur ait fait défaut faute de conclure ou faute

pour les parties, postérieurement à l'instance, répondant symétriquement à la procédure spéciale de conciliation qui précède l'instance. — Il ne semble pas, dans ces conditions, qu'on puisse hésiter sur la nature du jugement par lequel le sursis est prononcé. Même sous le régime des art. 259 et 260, ce jugement, qui ne pouvait être rendu que si le bien-fondé de la demande était établi, constituait, sous réserve de traits spéciaux qu'il a, d'ailleurs, selon nous, conservés (cpr. notes 41 et 42 *infrà*) un jugement définitif sur le fond du droit. Voy. en ce sens : Lemaire, n° 18. Il en est ainsi, à plus forte raison, croyons-nous, sous le régime de l'art. 246. En conférant au délai de sursis le caractère d'un dernier atermoiement possible, à fin de réconciliation, avant la procédure de rupture du lien conjugal, qu'elle a d'ailleurs simplifiée par la formalité de la transcription, la loi de 1886 a reporté tous les éléments contentieux du litige à la procédure que termine le jugement de sursis. Ce jugement est donc nécessairement un jugement définitif sur le fond. Voy. en ce sens: Cass., 20 novembre 1908, Sir., 1909, 1, 537. Cpr. *infrà*, note 37. — L'argumentation de notre savant collègue M. Tissier, dans la note jointe à l'arrêt précité, et qui en combat la doctrine, ne nous a pas convaincu. M. Tissier admet lui-même : 1° que le jugement de sursis n'est pas un jugement d'avant dire droit : il n'est ni préparatoire, ni provisoire, ni interlocutoire; 2° qu'il ne se confond pas avec une simple remise de cause. Cpr. *infrà*, note 33. Il ne reste, dans ces conditions, nous semble-t-il, qu'à lui reconnaître le caractère d'un jugement définitif.]

[32 Le juge ne pourrait pas surseoir à prononcer le divorce et enjoindre aux époux de se réunir. Ce serait contraire au but poursuivi par la loi, qui est d'amener, par la réflexion que la séparation provoque, la réconciliation des époux. Lemaire, n° 42.]

[33 Paris, 20 juillet 1904. Dall., 1906, 2, 351.]

[34 Cass., 10 mai 1909. Dall., 1909, 1, 289 et la note de M. Guenée-Lemaire, n° 50.]

de comparaître[35]. Dans ce cas, l'opposition est recevable contre le jugement de sursis comme elle le serait contre le jugement par défaut qui aurait prononcé le divorce[36]. Le jugement de sursis, contradictoire ou par défaut, ne nous paraît d'ailleurs susceptible d'appel[37] qu'autant qu'il s'agit pour la cour de statuer sur l'appel du défendeur quant au divorce, et non pas sur le sursis[38]. Il faut d'ailleurs qu'il soit motivé, dans les conditions du droit commun[39].

[[35] Coulon, IV, 211. Lemaire, n° 29.]

[[36] Baudry-Lacantinerie, III. n° 247. Amiens, 30 nov. 1887. Sir., 1888, 2, 87. Il n'y a pas lieu d'admettre le défendeur à invoquer le délai de huit mois de l'art. 247. Lemaire, n° 64.]

[[37] Toulouse, 21 nov. 1908, Sir., 1909, 2, 39. Voy. en sens contraire : Coulon, IV, 212. Lemaire, n° 65. — Tout en reconnaissant au jugement de sursis le caractère d'un jugement définitif sur le fond, nous ne croyons pas pouvoir admettre l'appel sur la question de sursis. Une période de calme et d'apaisement, exclusive de toute procédure, à l'exception de celle qui est prévue et justifiée à la note 38 nous paraît seule conforme au but de l'art 246. Comment d'ailleurs la Cour d'appel pourrait-elle se prononcer sur l'exercice par le tribunal d'une faculté qui ne lui appartient pas à elle-même (*suprà*, note 34)? Nous ferons d'ailleurs observer que si le jugement est définitif sans être susceptible d'appel, au moins dans la mesure où il comporte le sursis, il n'y a là rien de contradictoire. Il y a d'autres jugements définitifs qui ne sont pas susceptibles d'appel, indépendamment de toute considération relative au taux de l'intérêt en jeu dans le litige.]

[[38] Il nous paraît impossible de ne pas admettre l'appel sur la question de divorce, tout en l'excluant sur la question de sursis. La possibilité de l'appel sur la question de divorce, c'est-à-dire sur la question de savoir si la demande en divorce est fondée ou non, est la conséquence : 1° du caractère de jugement définitif sur le fond que nous reconnaissons au jugement de sursis. Cpr. note 31 ; 2° de la condition à laquelle l'exercice même de la faculté de sursis est subordonnée. Cpr. note 30. Il faut en effet, pour que le sursis soit possible, que la demande en divorce soit reconnue fondée : comment le serait-elle, si le contrôle de l'appel fait défaut? Il est bien vrai qu'on peut répondre que le but que nous assignons au sursis est exclusif de toute procédure pendant sa durée, l'apaisement étant le seul moyen d'arriver à la réconciliation. Nous répondrons de notre côté que le défendeur, en faisant appel sur la question de divorce, soutient précisément qu'il n'y a pas lieu à réconciliation, parce qu'il n'y a pas lieu à divorce.]

[[39] C'est la conséquence nécessaire du caractère que nous lui attribuons à la note 31 *suprà*. Lemaire, n° 56.]

Lorsque le sursis est expiré, sans que les époux se soient réconciliés, et à supposer d'ailleurs que l'instance en divorce ne soit pas périmée[40], chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaître devant le tribunal, dans le délai ordinaire des ajournements, pour entendre prononcer le jugement de divorce. Aucune conclusion nouvelle ne peut être prise, en première instance, par aucun des conjoints à ce moment[41], sauf, bien entendu, le cas où il serait intervenu entre les époux, au cours du délai de sursis, une réconciliation dont l'un deux prétendrait méconnaître les effets[42].

[40 M. Lemaire, n° 83, pense au contraire qu'à raison du caractère de jugement définitif sur le fond qu'il attribue au jugement de sursis et que nous lui attribuons comme lui, il ne saurait être question, désormais, de péremption d'instance, parce que l'instance en divorce n'existe plus. La conclusion nous paraît excessive. Il y a encore une instance en divorce, puisqu'il admet la possibilité de l'appel, et nous l'admettons, au moins partiellement (note 38 *suprà*), avec lui. D'autre part, étant donné le caractère actuel du délai de sursis (note 31 *suprà*), qui permet de le rapprocher du délai imposé par la loi aux époux à l'effet de faire transcrire le jugement de divorce, puisque ce délai constitue, lui aussi, un délai à fin de réconciliation des époux (Cpr. note 51 *infrà*), et c'est là un rapprochement que M. Lemaire fait lui-même à plusieurs reprises, il ne saurait pas plus être permis aux époux de l'étendre indéfiniment à leur gré qu'il ne leur est permis d'étendre de meme celui qui leur est imparti pour la transcription du jugement de divorce. La péremption d'instance joue ici le même rôle que les déchéances de l'art. 252.]

[41 C'est une conséquence des idées qui ont été développées à la note 31 *suprà*. — Notamment, aucune demande reconventionnelle n'est possible à ce moment. Aix, 22 mai 1906, Sir., 1906. 2, 239. Cass., 30 nov. 1908, Sir., 1909, 1, 537, note Tissier. Pour le principe qu'aucune procédure n'est plus desormais possible, voy. Paris, 13 nov. 1905, Dall., 1906, 2, 351. Mais la demande reconventionnelle serait possible en appel, s'il était fait appel du jugement qui aurait prononcé le divorce après l'expiration du sursis de six mois. Arg. art. 464, Cod. proc. civ.. Aix, 22 mai 1906, précité.]

[42 On pourrait toutefois se demander, dans cet ordre d'idées, si l'epoux demandeur en divorce ne pourrait pas, après l'expiration du délai de sursis, lors de la reprise de l'instance à fin de prononciation du divorce seulement, transformer sa demande en divorce en une demande en séparation de corps. M. Lemaire le lui permet. Arg. art. 239, al. 2 (en tout état de cause). Nous avons peine à par-

c. Le jugement qui statue sur une demande en divorce est toujours susceptible d'appel. L'époux contre lequel il a été rendu peut valablement y acquiescer dans le cas où la demande en divorce a été rejetée[43]. Il ne le peut pas, dans le cas contraire. Art. 249. Il peut, d'ailleurs, se désister, en tous cas, de l'appel qu'il aurait interjeté, soit contre le jugement qui aurait prononcé, soit contre le jugement qui aurait refusé de prononcer le divorce[44].

Le délai pour interjeter appel est le délai de droit commun, et le point de départ en est fixé par les règles du droit commun[45]. S'il s'agit d'un jugement par défaut, ce délai ne commence à courir que du jour où l'opposition n'est plus recevable. Art. 248. D'ailleurs, le délai d'appel suspend l'exécution du jugement prononçant le divorce Arg. art. 252[46].

d. Le pourvoi en cassation contre toute décision rendue en matière de divorce et même au cours de l'instance en divorce[47], est suspensif de l'exécution de ladite décision. Art. 248[48]. D'ailleurs, le délai du pourvoi suspend l'exécution de l'arrêt prononçant le divorce. Arg. art. 252[49].

e. Toute reproduction des débats auxquels donne lieu l'instance en divorce est interdite, sous peine d'une amende de 100 à 2000 francs. Art. 239.

tager cette manière de voir. L'art. 246 entend provoquer la réconciliation totale, et non pas la réconciliation partielle et conditionnelle qui peut conduire à la rupture définitive du lien conjugal par la conversion ultérieure de la séparation de corps en divorce.]

[43 Planiol, I[6], n° 1224.

[44 Planiol I[6], n° 1225.]

[45 Notamment, on applique la maxime : *nul ne se forclot soi-même*. Besançon, 9 mars 1907, Sir., 1907. 2, 239.]

[46 Du jugement prononçant le divorce seulement. Beudant, *Des personnes*, II, n° 416.]

[47 Même s'il s'agit d'un arrêt avant dire droit rendu au cours de l'instance en divorce. Planiol, I[5], n° 1219. Cass., 23 nov. 1891, Sir., 1892, 1, 18. Douai, 17 juin 1891, Sir., 1893, 2, 14. Réserve faite, toutefois, des mesures provisoires. Cass., 13 déc. 1899. Sir., 1900, 1, 353. Cpr. § 484, note 9.]

[48 Voy. cep. Cass., 25 juillet 1900. Sir., 1901, 1, 325.]

[49 De l'arrêt prononçant le divorce seulement. Cass., 15 juillet 1893, Sir., 1894, 1, 89.]

f. Le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce doit être transcrit, lorsqu'il est devenu définitif, sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. Le divorce ne résulte que de cette transcription régulièrement faite. Mention du divorce doit être faite en marge de l'acte de mariage. Art. 251 et 252.

Cette transcription doit être requise par l'un ou l'autre des époux, suivant les distinctions qui seront indiquées ci-après, dans un délai de deux mois à partir du jour où le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce est devenu définitif. La réquisition adressée à l'officier de l'état civil avant que le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce ne soit devenu définitif, serait irrégulière et entraînerait la nullité de la transcription qui l'aurait suivie[50].

Faute de cette réquisition dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme non avenu. Art. 252, 4e al. L'époux demandeur doit et peut obtenir un nouveau jugement de divorce, à raison des mêmes faits, en reprenant l'instance à partir du dernier acte de procédure qui a précédé le jugement réputé non avenu[51].

Pendant le premier mois à partir du jour où la sentence est devenue définitive, l'époux qui a obtenu le divorce a

[[50] Aix, 23 janvier 1895, Sir., 1895, 2, 217. Cass., 5 août 1896, Sir., 1897, 1, 129.]

[[51] Ces solutions sont très contestées. Voy. dans le sens de l'opinion émise au texte : Caen, 25 juin 1896, Sir., 1897, 2, 80. Pau, 19 juin 1900, Sir., 1901, 2, 34. Trib. d'Amiens, 10 mars 1905, Sir., 1906, 2, 193. Voy. en sens contraire : Baudry-Lacantinerie, III, n° 176. Paris, 1er juillet 1886, *Le Droit* du 8 juillet. Caen, 18 mars 1887, *La Loi* du 30 mars. Amiens, 1er juillet 1903, Sir., 1906, 2, 193. L'ancien art. 266 disposait expressément que faute par l'époux demandeur d'appeler l'autre époux, dans le délai de deux mois, devant l'officier de l'état civil, à l'effet de faire prononcer le divorce, cet époux serait déchu du bénéfice du jugement, et ne pourrait reprendre son action en divorce, sinon pour cause nouvelle. La loi de 1886 n'a pas reproduit cette disposition, pour le cas où l'époux demandeur, dans le premier mois, les deux époux, dans le second, s'abstiendraient de requérir la transcription. Or, les déchéances ne se suppléent point, et, de plus, la modification qui s'est produite dans le caractère de la formalité requise pour consommer le divorce, par la concession à l'époux défendeur lui-même du droit de requérir cette formalité dans le second mois, prouvent, à notre avis, que la sanction de l'obli-

seul qualité pour signifier le jugement ou l'arrêt, à fin de réquisition de transcription, à l'officier de l'état civil

gation de la requérir dans le délai de deux mois a profondément changé. L'ancien art. 266 nous paraît donc absolument étranger au débat. Ceci posé, nous reconnaissons volontiers que si la loi de 1886 a imposé aux époux l'obligation de requérir la transcription dans un certain délai d'ailleurs assez bref, c'est pour que leur état ne reste pas indéfiniment en suspens à leur gré. Il en résulte, sans doute, que ce délai est un délai de rigueur, passé lequel, comme le dit expressément l'art. 252, le divorce obtenu est réputé nul et non avenu. Mais il n'en résulte pas qu'à cette première sanction, dont il s'agit précisément, vu le laconisme de la loi. de déterminer l'étendue et les conséquences, une seconde sanction, beaucoup plus rigoureuse. à savoir l'interdiction de renouveler la demande en divorce pour les mêmes faits, doive nécessairement se joindre. Il y a là deux idées différentes, et si l'on comprend que l'expiration du délai légal, pour les raisons que nous avons indiquées, puisse retarder, au préjudice des époux négligents, mais sous des conditions et dans une mesure qui restent d'ailleurs à fixer, la rupture définitive du lien conjugal, on comprendrait difficilement que cette rupture fût, de plein droit, devenue impossible, malgré le jugement obtenu, et qu'une sorte de réconciliation forcée intervînt, par là même, entre les époux. C'est bien, en effet, à l'idée d'une présomption *juris et de jure* de réconciliation que font appel les jurisconsultes qui refusent aux époux toute reprise de l'action en divorce pour les mêmes faits. Coulon, IV, 465. Mais cette idée d'une présomption *juris et de jure* de réconciliation nous paraît bien peu en harmonie avec la notion de la réconciliation qui a été développée au § 477, notes 9 et 12 *bis*. La loi n'a intérêt à tenir compte de la réconciliation que si la réconciliation est sérieuse, et promet ainsi d'être durable, ce qui revient à dire que la réconciliation est chose de fait, et qu'une réconciliation imposée n'a pas de sens : or, une réconciliation présumée *juris et de jure* n'est pas autre chose qu'une réconciliation imposée. Il nous paraît donc évident que l'omission de la transcription dans le délai légal, si elle rend le divorce non avenu, ce qui n'est pas douteux, ne saurait avoir pour effet de le rendre impossible, ce qui est tout différent. D'autre part, il est bien certain qu'il ne saurait suffire au vœu de la loi, qui a entendu attacher une sanction sérieuse à l'obligation de requérir la transcription dans le délai de deux mois, que les conjoints négligents pussent échapper aux conséquences de leur négligence par la simple demande d'un nouveau délai au tribunal qui aurait prononcé le divorce. Quelle différence y aurait-il donc entre la situation de ces époux négligents et celle des époux qu'un cas de force majeure a empêchés de requérir la transcription ? Cpr. notes 53 et 54 *infrà*. A notre avis, c'est l'instance en divorce que le demandeur négligent

compétent. La signification faite et la réquisition adressée à l'officier de l'état civil par l'autre époux serait irrégulière et entraînerait la nullité de la transcription qui l'aurait suivie[52].

Faute par l'époux qui a obtenu le divorce de procéder à la signification et réquisition dans le premier mois à partir du jour où la sentence est devenue définitive, l'autre époux a le droit, pendant le mois suivant, de procéder à ces signification et réquisition, concurremment avec le premier.

La déchéance résultant du défaut de toute réquisition à fin de transcription dans le délai de deux mois atteindrait le conjoint, alors même qu'un cas de force majeure, de nature matérielle ou juridique, aurait empêché l'officier de l'état civil de déférer à leur réquisition, si elle lui avait été adressée, et d'opérer la transcription[53]. Il ne pourrait être question de tenir compte de la force majeure, pour autoriser le juge à les relever de la déchéance que l'expiration du délai de deux mois, sans aucune réquisition de leur part, leur aurait fait subir, que si la force majeure avait empêché la réquisition elle-même[54].

La réquisition de transcription, adressée à un officier

doit reprendre, et qu'il est libre de reprendre, comme si le jugement qui a réellement prononcé le divorce, mais qui est réputé nul et non avenu, n'avait pas été rendu. L'instance initiale doit être considérée comme fictivement interrompue, à la date du dernier acte de procédure qui a précédé le jugement. Le juge peut et doit statuer à nouveau, comme s'il n'avait pas déjà statué, sur les faits, d'ailleurs constants, que l'enquête a établis. Bien entendu, la question de savoir si l'expiration du délai de deux mois, sans aucune réquisition de transcription, implique une réconciliation des époux pourrait se poser devant lui. Mais il y a loin, de cette formule, à celle qui assortirait l'expiration du délai de deux mois d'une présomption *juris et de jure* de réconciliation. Cpr. note 55 *infrà*.]

[[52] Nancy, 14 janvier 1888, Sir., 1888, 2, 53, Beudant, I, n° 409.]

[[53] L'obligation pour les époux de requérir la transcription dans le délai légal est distincte de celle de l'officier de l'état civil de déférer, dans le délai légal, à leur réquisition. Le cas fortuit qui s'oppose à l'exécution de la seconde n'atteint pas et par conséquent n'atténue pas la première.]

[[54] Angers, 23 juin 1893, Sir., 1893, 2, 164.]

de l'état civil incompétent, suffit à conserver le bénéfice du jugement ou de l'arrêt prononçant le divorce[55], sauf aux parties à obtenir du juge un nouveau délai pour signifier utilement à l'officier de l'état civil compétent[56]. Il n'est pas non plus nécessaire que l'huissier qui signifie le jugement ou l'arrêt à l'officier de l'état civil soit porteur d'un pouvoir spécial et authentique[57]. Mais il ne suffirait pas qu'il tînt ses pouvoirs de l'avoué qui aurait occupé, dans l'instance en divorce, pour l'une quelconque des parties[58].

L'officier de l'état civil, dûment requis, doit procéder à la transcription le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, et il ne peut y procéder que ce jour-là, le tout sous peine d'une amende qui ne peut excéder 100 francs. Cette amende est prononcée par le Tribunal civil. Art. 252, 2e al. cbn. art. 50.

La transcription tardive ne pourrait avoir lieu qu'en vertu d'un jugement[59], soit que l'officier de l'état civil n'ait pas déféré, ou n'ait pu déférer, dans le délai de cinq jours, à la réquisition régulièrement faite dans le délai légal, soit que la réquisition lui ait été adressée, pour une raison quelconque, d'ailleurs exclusive de la déchéance de l'art. 252[60], après l'expiration du délai de deux mois pendant lequel elle doit être faite.

[55 Seine, 8 mars 1887, et 7 mai 1888, Dall., 1890, 2, 17. Bordeaux, 30 mai 1905, Sir., 1906, 2, 100. L'expiration du délai de deux mois, sans aucune réquisition de transcription, emporte, au moins dans une certaine mesure, probabilité de fait et par conséquent présomption de réconciliation. Cpr. note 51 *suprà, in medio*. Or, la réquisition de transcription, même adressée à un officier de l'état civil incompétent, constitue une manifestation suffisante de l'intention du requérant de poursuivre l'exécution du jugement de divorce. Cpr. art. 2246 et § 215, note 9.]

[56 Bordeaux, 30 mai 1905, Sir., 1906, 2, 100.]

[57 Cass., 15 mai 1895, Sir., 1896, 1, 17.]

[58 Nancy, 14 janvier 1888, Sir., 1888, 2, 53. Cpr. Douai, 9 août 1892, Sir., 1893, 2, 41. Il ne saurait dépendre de l'avoué qui a occupé pour l'un quelconque des époux, de procéder, après la terminaison de l'instance, à une réquisition exclusive de la dernière pensée de réconciliation qui peut se produire chez les époux.]

[59 Avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI. Planiol, I6, n° 1236. Cpr. Beudant, II, n° 409.]

[60 Même à supposer que le délai soit de nature à être prolongé,

Nous pensons d'ailleurs que la transcription tardive ne pourrait être autorisée par le juge, dans aucun des cas qui viennent d'être indiqués, si le mariage était déjà dissous par le décès de l'un des conjoints survenu depuis l'expiration du délai originaire de deux mois et cinq jours[61].

g. Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce est publié par voie d'insertion d'un extrait dudit jugement ou arrêt aux tableaux exposés dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce, et dans les chambres des avoués et notaires de l'arrondissement du domicile des époux. Il est également publié dans le lieu où siège le tribunal, et, à défaut d'un journal publié dans ce lieu, dans l'un des journaux publiés dans le département. Art. 250.

Ces formalités sont indépendantes de la transcription qu'elles peuvent précéder, mais dont la possibilité n'est pas subordonnée à leur accomplissement[62].]

[*e*] Les créanciers du mari ne sont pas admis à intervenir dans l'instance en [divorce]; ils ont seulement la faculté de surveiller la liquidation des droits de la femme, pour empêcher qu'elle ne soit faite à leur préjudice[63].

2° [Les art. 236, 238, 240, 241, 242, 246 déterminent]

comme il a été dit *suprà*, texte et note 54. L'officier de l'état civil ne saurait être juge de la prolongation du délai. Cpr. § 456, notes 1 et 2.]

[[61] La transcription est la dernière formalité de la procédure du divorce (Cpr. § 488, note 9, et § 490, note 20). Il suit de là que rien ne peut y suppléer. Tant qu'elle n'a pas eu lieu, le mariage subsiste, notamment en ce sens qu'il peut, à chaque instant, se dissoudre par le décès de l'un des époux. — Il n'est d'ailleurs pas plus injuste de faire subir à celui au profit duquel il a été prononcé, les conséquences du cas fortuit qui a empêché la transcription ou celles du refus injustifié de l'officier de l'état civil de l'accomplir, qu'il ne l'est de lui faire subir les conséquences d'un retard quelconque dans la procédure antérieure.]

[[62] Nous ne pensons pas que l'officier de l'état civil puisse se refuser à procéder à la transcription, faute par les parties de justifier que ces formalités ont été remplies. L'art. 252 détermine limitativement, à notre avis, les pièces que les parties doivent produire en requérant la transcription. Voy. en sens contraire : Coulon, IV, 441.]

[[63] (§ 493[4], note 20).] Carré, *op. cit.*, III, quest. 2980. Rauter, *op. cit. et loc. cit.* Marcadé, *loc. cit.*, Zachariæ, § 516, texte et note 5.

les mesures provisoires ou conservatoires auxquelles [peut] donner lieu une demande en divorce[64].

a. La femme, demanderesse ou défenderesse en [divorce], peut se faire autoriser à quitter pendant l'instance le domicile marital; et, lorsqu'elle use de cette faculté, elle a également le droit de réclamer la remise des effets à son usage journalier. Code de procédure, art. 878. [La loi charge de statuer sur cette demande, pendant la procédure de conciliation, le juge devant qui la conciliation est tentée, Art. 236, 238, et, après la saisine du tribunal, pour les modifications que les mesures provisoires primitivement prises peuvent exiger, le tribunal lui-même, qui statue à cet effet comme juge du premier degré et non comme juge d'appel[65], réserve faite du droit pour le juge des référés de statuer en référé, même après la saisine du tribunal, mais sur la résidence de la femme seulement[66]. Art. 238.]

[Les magistrats] que la loi charge de statuer sur ces demandes[67] ne peuvent refuser d'y faire droit[68]. Il [leur] appartient également d'indiquer le lieu où la femme devra se retirer, quand les parties n'en sont pas convenues

[[64] (§ 493⁴, note 21.) Ces dispositions sont généralement applicables en matière de séparation de corps.] Cpr. § 490; Delvincourt. I, part. I, p. 84 et 85: Duranton. II, 612 à 616; Vazeille, II, 567 à 574; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II. p. 180; Lassaulx, II, 150; Grolmann, III, 467; Demolombe, IV, 449; Zachariæ, § 493, texte et note 6; Bruxelles, 11 août 1808, Sir., 9, 2, 47.

[[65] Planiol, I⁶, n° 1242. Baudry-Lacantinerie, III, n° 192.]

[[66] Pau, 20 août 1887, Sir., 1889, 2, 29. Cpr. Paris, 12 mars 1891, Dall., 1892, 2, 567. Voy. en sens contraire : Planiol, I⁶, n° 1245. Baudry-Lacantinerie, III, n° 207. Nous préférons la solution des arrêts. L'art. 238, al. 5, ne parle que de la résidence de la femme, et tout ici est de droit étroit.]

[[67] (§ 493⁴, note 22).] La compétence du [juge] s'étend aussi bien au cas où la femme est défenderesse qu'à celui où elle est demanderesse. *Lex non distinguit.* Duranton, IV, 596. Demolombe, IV, 455. Req. rej., 26 mars 1828, Sir., 28, 1, 339. Caen, 25 août 1840. Sir., 42, 2, 569, Voy. cep. Vazeille, II, 569.

[[68] (§ 493⁴, note 23).] Paris, 15 juillet 1844. Sir., 44, 2, 563 et 565. Nancy, 17 août 1854, Sir., 54, 2, 771. Colmar, 22 mai 1861, Sir., 61, 2, 36. Voy. cep. Paris, 20 mai 1844. Sir., 44, 2, 563.

entre elles[69]. Code de procédure, art. 878. [Ils pourraient même, suivant les circonstances, autoriser la femme à demeurer au domicile conjugal, et enjoindre au mari de le quitter[70].]

[Leurs décisions], en pareille matière, sont susceptibles d'appel[71] [et[72]], à moins que, rendues de l'assentiment

[[69] Cass., 6 février 1889, Sir., 1891, 1, 379.]

[[70] (§ 493⁴, note 24). L'incidence de l'art. 236 : « s'il s'agit de la femme », implique bien la solution que nous donnons au texte. On peut invoquer dans le même sens les termes très généraux de l'art. 238 qui parle de *l'époux demandeur*. Voy. en ce sens : Baudry-Lacantinerie, III, n° 183. Planiol, I⁶, n° 1246. Cass., 18 janvier 1892, Sir., 1892, 1, 68. Cpr. Paris, 5 mars 1895, Sir., 1895, 2, 192. Avant le rétablissement du divorce, cette solution avait prévalu pour la séparation de corps.] Demolombe, IV, 457. Paris, 2 août 1841, Sir., 41, 2, 473. Douai, 3 avril 1852, Sir., 52, 2, 520. Douai, 6 avril 1853, Sir., 55, 2, 714. Paris, 13 décembre 1856, Sir., 57, 2, 259. Paris, 27 janvier 1857, Sir., 57, 2, 259. Caen, 1er avril 1857, Sir., 57, 2, 570. Paris, 17 juin 1858, Sir., 59, 2, 45. Dijon, 18 décembre 1859, Sir., 60, 2, 270. Colmar, 23 mai 1860, Sir., 60, 2, 482. Paris, 1er février 1864, Sir., 65, 2, 96. Voy. en sens contraire : Limoges, 21 mai 1845, Sir., 48, 2, 654 et 655.

[[71] (§ 493⁴, note 25).] Pau, 18 janvier 1830, Sir., 30, 2, 183. Paris, 15 juillet 1844, Sir., 44, 2, 563. Limoges, 21 mai 1845, Sir., 48, 2, 654 et 655. Douai, 3 avril 1852, Sir., 52, 2, 520. Caen, 1er avril 1857, Sir., 57, 2, 570. Paris, 17 juin 1858, Sir., 59, 2, 45. Colmar, 23 mai 1860, Sir., 60, 2, 488. Paris, 1er février 1864, Sir., 65, 2, 96. Voy. en sens contraire : Paris, 2 août 1841, Sir., 43, 2, 473 ; Rouen, 3 mai 1847, Sir., 48, 2, 654 ; Rennes, 14 août 1851, Sir., 51, 2, 352 ; Dijon, 12 août 1856, Sir., 57, 2, 529. La plupart de ces derniers arrêts rendus, naturellement, en matière de séparation de corps,] semblent partir de l'idée que la décision du président est essentiellement provisoire, et ne doit avoir d'effet légalement obligatoire que jusqu'au moment où le tribunal se trouvera saisi de la demande en séparation de corps, de telle sorte que l'appel serait non recevable, comme étant sans objet ; sauf aux parties à demander, par voie d'incident, la modification des mesures ordonnées par le président. Ce point de vue nous paraît inexact : la décision du président est provisoire sans doute ; mais, sauf rétractation, son effet doit durer jusqu'au jugement qui statue sur la demande en séparation ; et l'appel d'une pareille décision est recevable, par cela même que la loi ne l'a pas interdit. [Ces observations s'appliquent naturellement à la procédure du divorce.]

[[72] Sauf toutefois en ce qui concerne l'ordonnance de l'art. 236, pour laquelle la loi n'a organisé aucune voie de recours. Baudry-Lacantinerie, III, n° 212. Planiol, I⁶, n° 1244.]

commun des parties, elles ne se trouvent, par cela même, à l'abri de tout recours[73].

[L'exécution provisoire peut être ordonnée dans les conditions du droit commun[74].

Il peut être fait appel de l'ordonnance de l'art. 238 dans le délai de quinzaine de l'art. 809 du Code de procédure civile.]

L'appel est interjeté devant la cour, qui reste saisie alors même que le demandeur en divorce, après l'échec de la procédure de conciliation, saisirait le tribunal de la demande en divorce, postérieurement à l'appel interjeté de la décision rendue par le juge compétent quant aux mesures provisoires[75]. L'appel peut d'ailleurs être interjeté devant la cour, alors même que le demandeur en divorce aurait déjà saisi le tribunal de la demande en divorce[76]; mais il est bien entendu que si les circonstances de fait contemporaines de la décision rendue par le juge compétent quant aux mesures provisoires qu'elles nécessitaient, et qui sont les seules dont la cour saisie de l'appel

[73 (§ 493[4], note 26).] Cpr. Req. rej., 15 février 1859, Sir., 59, 1, 201; Dijon, 28 décembre 1859, Sir., 60, 2, 270.

[74 Nîmes, 2 juin 1909, Sir., 1909, 2.]

[75 Cass., 29 juin 1892, Dall., 1892, 1, 553, note de Loynes. — Paris, 3 février 1887, Sir., 1889, 2, 9; 6 juin 1888, Dall., 1890, 2, 233; 11 mars 1890, Sir., 1890, 2, 64; 19 mars 1890, Sir., 1890, 2, 160, 29 avril 1890, Dall., 1891, 2, 343, note Beauchet; 20 décembre 1890, Sir., 1891, 2, 55. Toulouse, 5 décembre 1892, *Gaz. Palais*, 1893, 1, 67. Voy. en sens contraire : Bordeaux, 12 mai 1896, Sir., 1897, 2, 192.]

[76 Cette solution nous paraît résulter nécessairement de la précédente. Cpr. note 75 *suprà*. Si la cour reste saisie de l'appel interjeté sur la question des mesures provisoires, quand le tribunal est saisi de la demande en divorce après que l'appel a été interjeté, c'est donc que les pouvoirs de la cour quant au contrôle des mesures provisoires prises par le juge compétent sont indépendantes de l'exercice de l'action en divorce devant le tribunal, après l'échec de la procédure de conciliation. Dès lors, on ne comprendrait pas que ces pouvoirs disparussent de plein droit, par le seul effet de l'exercice de l'action en divorce, dans l'hypothèse où l'appel n'a pas encore été interjeté lors de la saisine du tribunal. Voy. en sens contraire de notre opinion : Paris, 13 août 1886, Sir., 1889, 2, 9; Poitiers, 9 mai 1887, Sir., 1889, 2, 9; Paris, 27 avril et 15 juin 1888, Dall., 1888, 2, 241; 24 décembre 1890, Sir., 1891, 2, 55; Chambéry,

de ladite décision ait à tenir compte[77], venaient à changer, le droit du tribunal, saisi de la demande en divorce, d'en prendre au besoin de nouvelles resterait intact.

La résidence séparée que la femme obtient ainsi le droit d'avoir ne présente d'ailleurs pas les caractères d'un domicile proprement dit[78]. Elle constitue une résidence de droit, légalement substituée, dans l'intérêt du mari[79] aussi bien que dans l'intérêt de la femme, au domicile réel de la femme, légalement inviolable à ce titre[80] et à laquelle peuvent être valablement signifiés les actes de la procédure en cours[81].

La femme, autorisée à vivre provisoirement séparée de son mari, peut, d'un autre côté, réclamer de celui-ci une provision alimentaire, proportionnée à ses facultés, à supposer que les biens dont elle a conservé la jouissance ne lui fournissent pas des ressources suffisantes pour son entretien[82]. Cette demande [ne peut être utilement formée dans la requête initiale de l'art. 234 , et le juge saisi de ladite requête ne peut statuer sur elle[83]. Il n'appartient au juge de statuer sur cette demande qu'en cas de non-conciliation ou de défaut, dans l'ordonnance rendue conformément à l'art. 238. Après la saisine du tribunal par l'assignation de l'époux demandeur, c'est d'ailleurs au tribunal qu'il appartient de statuer sur le tout, sous

31 décembre 1890, *Pandectes françaises*, 1892, 2, 124. Bordeaux, 3 juin 1892, Dall., 1892. 2, 524.]

[77 Baudry-Lacantinerie, III, n° 214.]

[78 Paris, 19 juin 1895, Dall., 1896, 2, 378. Baudry-Lacantinerie, III, n[os] 183 et 186. Jusqu'à la dissolution du mariage, la femme est légalement domiciliée chez son mari. Cpr. Bordeaux, 18 décembre 1886, *La Loi*, 16 février 1897.]

[79 Cass., 7 avril 1862, Sir., 1863, 1, 315.]

[80 Amiens, 11 janvier 1873, Dall., 1873, 2, 256.]

[81 Chambéry, 19 juillet 1887, Sir., 1890, 2, 211. Bastia, 12 juillet 1892, Sir., 1894, 2, 114.]

[82 (§ 493[4], note 27)]. Cpr. Duranton, II, 595 à 597 ; Demolombe, IV, 458; Aix, 29 frimaire an XIII, Sir., 5, 2, 34 ; Amiens, 4 prairial an XII, et 5 pluviôse an XIII, Sir., 5, 2, 137 et 223; Angers, 18 juillet 1808, Sir., 9, 2, 117 ; Req. rej., 9 mars 1869, Sir., 70, 1, 264.

[83 Arg. *a contrario* art. 238, al. 2 *in fine*. Paris, 12 janvier 1889, Sir., 1891, 2, 51.]

réserve des mêmes restrictions qui ont été apportées aux pouvoirs du tribunal comme à ceux du juge, en ce qui concerne la résidence séparée de la femme[84].]

Enfin, la femme peut demander au tribunal saisi de la contestation et même au juge devant qui se poursuit la procédure de conciliation dans l'hypothèse de l'art. 238[85], l'allocation d'une provision destinée à subvenir aux frais du procès, si ses moyens personnels sont insuffisants pour y faire face[86].

[En ce qui concerne la provision alimentaire et la provision *ad litem* dont il vient d'être question, les droits du mari demandeur en divorce sont, le cas échéant, vis-à-vis de la femme, les mêmes que ceux de la femme vis-à-vis du mari[87].

Il est d'ailleurs bien entendu que la provision alimentaire et même la provision *ad litem* accordées par la justice soit à la femme, soit au mari, ne constituent qu'une avance qui doit figurer au passif de la communauté dissoute, lors de la liquidation qui suivra le divorce[88].

La procédure du divorce ne fait pas obstacle à la saisie-arrêt entre époux, telle qu'elle a été réglementée par la loi du 13 juillet 1907. Ladite saisie peut se produire, le cas échéant, jusqu'à la transcription du divorce, mais sous le bénéfice des réserves et distinctions suivantes :

α. Si le juge de paix statue avant que le juge devant lequel se poursuit la procédure de conciliation de l'art. 238 ait statué lui-même sur la provision alimentaire, il conserve l'intégralité des pouvoirs que la loi du 13 juillet 1907

[84 Voy. notes 72, 75, 76, 77 *suprà*. Coulon, IV, 281.]

[85 Rouen, 30 janvier 1897, Sir., 1897, 2, 239.]

[86 (§ 493⁴, note 28)]. Duranton, II, 595. Demolombe, *loc. cit.* Bruxelles, 12 floréal an XII, *Jurisprudence du Code civil*, II, 141. Cpr. Douai, 19 novembre 1846, Sir., 48, 2, 321 ; Civ. cass., 30 avril 1862, Sir., 62, 1, 449 ; Paris, 22 février 1864, Sir., 64, 2, 223 ; Caen, 13 avril 1864, Sir., 64, 2, 205.

[87 Coulon, IV, 300. Planiol, I⁶, n° 1248. Baudry-Lacantinerie, III, n° 199 et suiv.]

[88 Coulon, IV, 299. Baudry-Lacantinerie, III, n° 201. Planiol, I⁶, n° 1249. Cass., 22 juillet 1889, Sir., 1893, 1, 405. Cass., 9 juin 1896, Dall., 1897, 1, 198. Cass., 6 juin 1905, Sir., 1906, 1, 87.]

lui attribue, et il statue, à tous égards, comme il a été dit au § 470 *bis*.

β. S'il statue après que le juge a statué lui-même sur ladite provision, il conserve toujours le pouvoir d'autoriser la saisie-arrêt comme il a été dit au § 470 *bis*, mais il ne peut l'autoriser pour une somme supérieure à celle à laquelle le juge a fixé la provision alimentaire due par le conjoint saisi au conjoint saisissant.

γ. Dans le cas où la saisie-arrêt aurait été autorisée par le juge de paix avant que le juge saisi de la demande en divorce n'eut statué lui-même dans les conditions de l'art. 238, et pour une somme supérieure à celle à laquelle ce juge a fixé la provision alimentaire, l'effet de la saisie-arrêt sera réduit à cette dernière somme, et ce, dans les rapports des époux entre eux, à la date à laquelle sera intervenue la décision du juge, mais au contraire, dans les rapports de l'époux saisi avec le tiers saisi, à la date à laquelle signification aura été faite de la décision du juge par l'époux saisi au tiers saisi, qui restera valablement libéré, au regard de l'époux saisi, de toutes sommes payées jusqu'à cette date à l'époux saisissant, dans les termes de la saisie-arrêt antérieure.

δ. Il en serait de même dans le cas où la saisie-arrêt aurait été autorisée, par le juge de paix, soit avant, soit après l'ouverture de la procédure du divorce, au profit de celui des époux que le juge devant qui cette procédure serait entamée, condamnerait, au contraire, à servir une provision alimentaire à l'autre.]

Lorsque la femme abandonne sans autorisation le domicile conjugal, ou quitte la résidence qui lui a été assignée, le mari est autorisé à refuser le paiement de la provision alimentaire, [et même de la provision *ad litem*[89]], auquel il a été condamné. [Il est même admis], à raison de cette circonstance, à s'opposer à la continuation des poursuites dirigées contre lui aux fins de [divorce]

[[89] Voy. sur l'extension de la solution de l'art. 241 à la provision *ad litem*, Coulon, IV, 311. Paris, 2 juillet 1885. *Gaz. du Palais*, 1885, 2, 566. Voy. en sens contraire : Baudry-Lacantinerie, III, n° 209.]

[art. 241][90]. [C'est d'ailleurs à la femme qu'il incombe de justifier de sa résidence au lieu qui lui a été fixé, toutes les fois qu'elle en est requise, en tant du moins qu'elle se prévaut contre son mari de l'un quelconque des droits qui lui ont été conférés par la décision de justice qui a autorisé sa résidence séparée[91].]

b. [L'un et l'autre époux, quel que soit leur régime matrimonial, peuvent, à partir de l'ordonnance dont parle l'art. 235, et sur l'autorisation préalable du juge, donnée à charge de lui en référer[92] et [93], prendre toutes mesures conservatoires, pour la garantie de leurs droits, même simplement éventuels. Art. 242.]

[[90] (§ 493⁴, note 29).] [Il en est autrement, croyons nous, en matière de séparation de corps.] L'exception que [l'ancien] article [269] accordait au mari défendeur en divorce n'etait point une exception péremptoire, mais une simple fin de non-procéder. Civ. cass., 16 janvier 1815, Sir., 16, 1, 321. La disposition de cet article ne constituait donc qu'une règle de procédure qui, d'après la combinaison des art. 307 du Code Napoléon et 879 du Code de procédure, ne peut être étendue du divorce à la séparation de corps. Duranton, II, 568. Marcadé, sur l'art. 307, n° 2. Toullier, I, p. 366. Vazeille, II, 568. Zachariæ, § 493, note 8, *in fine*. Bordeaux, 24 floréal an XIII, Sir., 5, 2, 69, Trêves, 8 janvier 1808, Sir., 8, 2, 15. Turin, 12 février 1811, Sir., 11, 2, 436. Bruxelles, 26 décembre 1814, Sir., 12, 2, 250. Civ. rej., 27 janvier 1819, Sir., 19, 1, 165. Bordeaux, 6 janvier 1835, Sir., 35, 2, 347. Poitiers, 15 août 1836, Sir., 36, 2, 461. Agen, 14 mars 1865, Sir., 65, 2, 131. Cpr. Req. rej., 14 mars 1816, Sir., 17, 1, 8; Req. rej., 25 novembre 1841, Sir., 42, 1, 73; Req. rej., 29 juin 1868, Sir., 68, 1, 402. Voy. en sens contraire : Valette, sur Proudhon, I, p. 537; Massol, p. 87, n° 14; Demolombe, IV, 414; Agen, 17 mars 1842, Sir., 42, 2, 315; Metz, 17 janvier 1855, Sir., 55, 2, 241. Cpr. aussi : Paris, 13 juillet 1870, Sir., 70, 2, 268.

[[91] En serait-il de même dans le cas ou le mari entendrait s'opposer à la continuation des poursuites, et invoquer, même à fin de péremption, la déchéance de l'art. 241 *in fine*? Nous le pensons. L'art. 241 déroge ici à l'art. 1315. Voy. en sens contraire : Baudry-Lacantinerie, III, n° 211.]

[[92] (§ 493⁴, note 30). Avant la loi du 18 avril 1886, et sous le régime de la séparation de corps, la permission préalable du juge ne paraissait pas nécessaire.] Vazeille, II, 573. Massol, p. 163, n° 14. Demolombe, IV, 470. Lyon, 1er avril 1854, Sir., 54, 2, 587. Voy. cep. Bauter, *Cours de procédure civile*, § 346, note *a*.

[[93] Voy. sur les difficultés qui se sont élevées sur le sens de cette réserve du pouvoir du juge, Coulon, IV, 315.]

Chacun d'eux, notamment, peut requérir l'apposition des scellés sur les biens restés en la possession de l'autre, par exemple sur les biens de la communauté[94].] Comme conséquence de cette faculté, [ils peuvent] également provoquer la levée des scellés avec inventaire[95], et demander que les deniers communs soient déposés à la Caisse des Consignations[96]. [Ils peuvent] même, [toujours] avec l'autorisation du juge, saisir-arrêter, par mesure conservatoire, jusqu'à concurrence du montant approximatif de leurs droits comme [communs en biens], les sommes dues par des tiers à la communauté[97].

Le pouvoir d'autoriser les mesures conservatoires destinées à garantir les intérêts de la femme commune n'emporte pas, pour le tribunal, la faculté d'ordonner l'établissement d'un séquestre sur les biens de la communauté ou sur ceux de la femme, dans le but d'assurer le paiement de ses droits et reprises[98]. Il pourrait seulement, suivant

[[94] (§ 493⁴, note 31) Voy. pour le régime antérieur à la loi du 18 avril 1886,] Carré, *op. cit.*, III, quest. 2976. Proudhon, I, p. 357. Duranton, II, 613. Massol, p. 160, n° 13. Marcadé, sur l'art. 307, n° 2. Demolombe, IV, 461. Bruxelles, 11 août 1808, Sir., 9, 2, 87. [Il n'est pas douteux, aujourd'hui, que le droit d'apposer les scellés s'étend à d'autres biens que les biens de communauté.]

[[95] (§ 493⁴, note 32).] Code de procédure, art. 930 et 941. Angers, 16 avril 1853, Sir., 53, 2, 295. Caen, 19 décembre 1865, Sir., 66, 2, 234.

[[96] (§ 493⁴, note 33).] Massol, p. 163 et 164, n°s 14 et 16. Demolombe, IV, 465. Metz, 23 juin 1819, Sir., 19, 2, 276.

[[97] (§ 493⁴, note 34).] [Avant la loi du 18 avril 1886, on tirait argument, en ce sens, de l'art. 869 du Code de procédure.] Massol, p. 169, n° 18, Demolombe, IV, 465. Caen, 16 mars 1825, Dalloz, 1827, 2, 1. Req. rej., 14 mars 1855, Sir., 56, 1, 655. Voy. en sens contraire : Paris, 4 mars 1825, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VIII, 2, 70; Caen, 29 mars 1849, Sir., 49, 2, 692; Bordeaux, 6 février 1850, Sir., 50, 2, 336.

[[98] (§ 493⁴, note 35).] L'art. 1961 est évidemment étranger à cette hypothèse, puisqu'il n'existe entre les parties aucun litige sur les biens. Cpr. §. 409, texte et note 4; Amiens, 4 prairial an XII, Sir., 5, 2, 137; Liége, 13 février 1809, Sir., 9, 2, 293; Angers, 27 août 1817, Sir., 18, 2, 131. Voy. en sens contraire : Massol, p. 165, n° 17; Demolombe, IV, 465. [La solution que nous donnons au texte nous paraît devoir être maintenue même sous le régime de l'art. 242 nouveau. Sans doute, ce texte a beaucoup élargi l'application des mesures conservatoires de l'ancien art. 270, puisqu'il donne à chaque époux,

les cas, charger un tiers de percevoir les revenus de ces biens, jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour le paiement des provisions, alimentaire ou *ad litem*, allouées à la femme[99].

En vertu [du même art. 242], la femme, même non commune en biens, peut aussi prendre, pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires, et notamment former des oppositions entre les mains de ses débiteurs

sous tous les régimes, le droit d'y recourir, et qu'il prévoit d'ailleurs expressément d'autres mesures que l'apposition des scellés. Mais aucune des mesures conservatoires qu'il vise, aucune de celles auxquelles on peut songer en dehors de la nomination d'un séquestre, ne sont inconciliables avec le titre et l'ensemble des pouvoirs d'administrateur que le mari tient du régime matrimonial qui subsiste toujours. Il nous paraît impossible, au cours d'une instance qui peut aboutir, sans doute, à la dissolution du mariage, et mettre fin au régime matrimonial, mais qui, provisoirement, suppose la continuation de l'un et de l'autre (cpr. note 88 *suprà*), d'admettre une modification immédiate aussi radicale du régime matrimonial. Voy. en ce sens : Coulon, IV, 325, Baudry-Lacantinerie, III, n° 224. Planiol, I[6], n° 1252. Massigli, *Revue Critique*, 1890, 457. Cass., 26 mars 1889, Sir., 1890, 1, 253 : Paris, 13 avril 1889, Dall., 1892, 2, 552 ; Riom, 21 déc. 1891, Sir., 1892, 2, 4 ; Lyon, 25 mai 1892, Dall., 1892, 2, 535 ; Bordeaux, 11 janvier 1893, Dall., 1893, 2, 518 ; Paris, 30 octobre 1894, Sir., 1896, 2, 92 ; Paris, 28 mars 1901, Sir., 1902, 2, 231. — Cela nous paraît d'autant plus inadmissible que l'instance en divorce n'est pas fondée sur des griefs de caractère pécuniaire, et les mesures conservatoires de l'art. 242 ne s'expliquent dès lors que par le ressentiment que provoquera sans doute chez le mari la demande en divorce formée par la femme, ressentiment auquel il est à craindre qu'il n'obéisse en se vengeant sur les biens dont il a la garde. Des mesures particulières suffiront à prévenir ce danger. — Il se pourrait, d'ailleurs, que les craintes de la femme eussent un autre fondement, que le mari eût été mauvais administrateur autant que mauvais époux, et qu'une mesure radicale s'imposât au début de l'instance en divorce. Il suffirait alors à la femme de former une demande en séparation de biens, parallèlement à l'instance en divorce, dès le début de laquelle des mesures conservatoires plus étendues pourraient être prises, par application de l'art. 869 du Code de procédure civile, qui nous paraît permettre, en vue de la séparation de biens, ce que nous ne croyons pas qu'on puisse dire que l'art. 242 permet, en vue du divorce. Voy. en ce sens : Baudry-Lacantinerie, III, n° 224 et les autorités citées. Cpr. Montpellier, 31 janvier 1895, Dall., 1895, 2, 355.]

[[99] (§ 493[4], note 36).] Douai, 7 avril 1853, Sir., 55, 2, 714.

personnels, ou pratiquer des saisies-arrêts entre les mains de ceux de son mari[100]. [Il en est de même du mari.]

[Il est d'ailleurs bien entendu que si, avant 1886, la loi n'autorisait] expressément qu'en faveur de la femme, les mesures provisoires et conservatoires qui viennent d'être indiquées sous les lettres *a* et *b*, il [fallait] cependant admettre que le mari est aussi, selon les circonstances, recevable à les provoquer. C'est ainsi qu'il peut demander que la femme soit tenue de quitter le domicile conjugal et d'aller résider ailleurs[101]. C'est ainsi encore que le mari, qui n'a pas de ressources personnelles, peut réclamer, contre la femme qui aurait conservé la jouissance de tous ses biens, une provision, soit alimentaire, soit *ad litem*[102].

C'est ainsi, enfin, qu'il peut requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers qui se trouveraient en la possession de la femme, ou qui feraient partie d'un commerce séparé dont elle aurait la gestion[103]. [Ces solutions sont fondées aujourd'hui sur le texte des art. 236, 238, 242, qui ont codifié la jurisprudence antérieure.]

c. Le père peut être privé, pendant l'instance en [divorce], de la garde des enfants issus du mariage[104]. [Art. 240 (anc. art. 267.)] Mais, en principe, il n'appartient qu'au tribunal de la lui enlever. Si, en cas d'urgence, le président est autorisé à statuer sur ce point, il ne peut le faire que par une ordonnance spéciale rendue sur référé, par application des art. 806 et suiv. du Code de procédure[105].

[100 (§ 493⁴, note 37).] Demolombe, IV, 466.

[101 (§ 493⁴, note 38).] Duranton, II, 597. Vazeille, II, 570. Demolombe, IV, 467. Caen, 25 août 1840, Sir., 21, 2, 569.

[102 (§ 493⁴, note 39).] Massol, p. 168, n° 12. Demolombe, IV, 468. Dijon, 10 mars 1841, Sir., 41, 2, 355.

[103 (§ 493⁴, note 40).] Vazeille, II, 573. Massol, p. 170, n° 19. Demolombe, IV, 469. Angers, 16 décembre 1817, Sir., 18, 2, 143. Voy. en sens contraire : Paris, 9 janvier 1823, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, VII, 2, 153.

[104 (§ 493⁴, note 41).] Duranton, II, 616. Vazeille, II, 572. Massol, p. 151, n° 1. Demolombe, IV, 450. Zachariæ, § 493, texte et note 7. Rennes, 31 juillet 1841, Sir., 43, 2, 101. Cpr. Angers, 18 juillet 1808, Sir., 9, 2, 117.

[105 (§ 493⁴, note 42).] Dijon, 28 décembre 1859, Sir., 69, 2, 270.

[§ 479.]

[*Des effets du divorce quant à la rupture du lien conjugal.*]

[Sous réserve de la règle de rétroactivité partielle de l'art. 252, 5e alinéa, qui sera expliquée au § 480, le divorce dissout le mariage à dater de la transcription[1] régulièrement opérée par l'officier de l'état civil, sur la réquisition régulière des époux, le tout, conformément aux règles qui ont été posées au § 478, ou bien à dater de la transcription opérée par l'officier de l'état civil en conséquence du jugement rendu à la requête des époux, conformément à l'avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI, soit dans l'hypothèse d'une réquisition tardive des parties, soit dans l'hypothèse où l'officier de l'état civil n'aurait pas opéré la transcription le cinquième jour de la réquisition des époux.

Jusqu'à la transcription, les effets du mariage subsistent, soit quant au devoir de fidélité ou d'assistance[2], soit quant à l'incapacité de la femme, soit quant à l'usage par elle du nom du mari, soit enfin quant au maintien de la présomption de paternité de l'art. 312[3].

Ces effets disparaissent pour l'avenir, à la date de la transcription[4]. Mais l'alliance que le mariage avait fait naître entre chacun des époux et les parents de l'autre continue à produire ses effets, même pour l'avenir, quant aux prohibitions et quant aux obligations d'ordre civil qui s'y rattachent, après la dissolution du mariage par le

Grenoble, 2 mai 1864, Sir., 64, 2, 296. Orléans, 1er mai 1869, Sir., 70, 2, 13. Cpr. Demolombe, IV, 452.

[1 A dater de la transcription et non pas de l'expiration du jour où elle a été régulièrement faite. Cpr. § 49, note 25, et, pour la transcription de la loi de 1855, Planiol, I6, n° 2619. II5, n° 3197.]

[2 Grenoble, 10 février 1903, Sir., 1904, 2, 243.]

[3 Planiol, I6, n° 1264. Nancy, 25 mai 1907, Sir., 1908, 2, 269.]

[4 C'est ainsi, notamment, qu'après la transcription du divorce, ni la femme ne peut continuer à faire usage du nom du mari, ni le mari ne peut continuer à joindre le nom de sa femme au sien. Cela est vrai, même si le nom patronymique est envisagé comme nom commercial. Bordeaux, 3 déc. 1906, Dall., 1907, 2, 73.]

divorce[5]. Toutefois, l'obligation alimentaire qui existait entre chacun des conjoints et les parents de l'autre, disparaît, lors au moins que les enfants issus du mariage dissous par le divorce sont décédés[6].

En tant qu'il s'agit des effets du divorce considéré comme un mode de dissolution du mariage, la femme divorcée est assimilée, au moins pour l'application des règles du droit civil[7], et à la date de la transcription du divorce, à la veuve qui le serait devenue à la même date : les textes qui régissent la condition civile des veuves s'appliquent, sauf exception prévue par la loi[8], aux femmes divorcées. C'est ainsi que l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 s'applique à la femme divorcée comme à la veuve[9].

Il est d'ailleurs bien entendu qu'indépendamment des déchéances dont il sera question au § 480, chacun des époux, en conséquence de la dissolution du mariage par le divorce, perd, sur les biens de l'autre, tout droit éventuel dont l'ouverture à son profit aurait dépendu de la condition qu'il aurait survécu à l'autre, en cas de dissolution du mariage par le décès. C'est ainsi que le droit de succession de l'art. 767, la jouissance du droit d'auteur accordée par l'art. 1 de la loi du 14 juillet 1866 au conjoint

[[5] Cpr. § 67, note 11. Baudry-Lacantinerie, III, n° 265.]

[[6] Voy. pour la survie de l'obligation alimentaire s'il y a des enfants : Paris, 18 juill. 1889, Trib. de Nîmes, 15 déc. 1887, Sir., 1890, 2, 1, note Labbé. Voy. dans le sens de la disparition absolue de l'obligation alimentaire : Paris, 23 déc. 1891, Sir., 1892, 2, 43 ; Orléans, 23 mars 1892, Sir., 1892, 2. 133. Cpr. note sous Toulouse, 10 mars 1890, Sir., 1891. 2, 28.]

[[7] Le fils d'une veuve remariée, dont le second mariage a été dissous par le divorce, n'était pas admis au bénéfice de la dispense prévue par l'art. 21 de la loi du 15 juillet 1889, sur le recrutement de l'armée. Conseil d'État, 26 déc. 1891, *La Loi*, 11 février 1892.]

[[8] Nous n'exigeons pas une exception expresse. Par exemple, l'art. 1463 (rédaction de 1804) exclut évidemment l'application de l'art. 1459 à la femme divorcée. Mais nous appliquons à la femme divorcée, comme à la veuve, les art. 1460 et 1477, 1461, 1464 à 1466.]

[[9] Planiol, II[5], n° 2999. Baudry-Lacantinerie, III, n° 255. Trib. de la Seine, 13 juillet 1892, *La Loi* du 10 août. Trib. de Bordeaux, 15 janvier 1894, Sir., 1894, 1, 256.]

survivant, le droit du conjoint survivant à une fraction de la pension civile ou militaire du conjoint prédécédé, liquidée avant ou après la transcription du divorce, sont perdus en tout cas par chacun des époux divorcés, aussi bien par l'époux offensé que par l'époux coupable[10].

La femme divorcée peut se remarier trois cents jours après le premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond, rendu au cours de l'instance en divorce. Art. 296. (Loi du 13 juillet 1907)[11].

Dans le cas où le divorce a été prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable peut se remarier avec son complice. Art. 298 (Loi du 15 décembre 1904)[12].

Les époux divorcés peuvent contracter ensemble un nouveau mariage, à moins que l'un des deux n'ait contracté avec une tierce personne, depuis la transcription du divorce[13], un mariage dissous lui-même par le divorce, sans qu'il y ait à distinguer suivant que le second divorce a été prononcé au profit ou aux torts du conjoint qui recherche de nouveau son ancien conjoint. Art. 295, 1er al.

Dans tous les cas, les anciens conjoints qui se remarient se trouvent nécessairement replacés sous l'empire des conventions matrimoniales qui régissaient leur première union. Toute convention contraire serait nulle, par

[[10] Planiol, I[6], n° 1255.]

[[11] Voy. § 463, notes 6 *bis* et 6 *ter*.]

[[12] Voy. § 463, notes 9 et suiv.]

[[13] Que décider, dans le cas d'un mariage contracté peut-être de bonne foi, par l'un des conjoints divorcés, avant la transcription régulière du divorce, avec une tierce personne de bonne foi, qui aurait intérêt, en dehors de toute question d'obligation alimentaire (cpr. § 460, note 17 *bis*), à se prévaloir du caractère putatif et de la validité fictive du mariage nul (cpr. § 460, note 28), pour demander le divorce aux torts de son conjoint, divorcé de la précédente union : celui-ci pourrait-il rechercher de nouveau son ancien conjoint? Nous ne le croyons pas. Le mariage putatif est un mariage fictivement valable, donc un mariage fictivement valable de tous points, donc un mariage fictivement valable à la date à laquelle il a été contracté, donc un mariage fictivement valable à cette date à raison de la dissolution fictive du premier mariage avant la transcription du divorce. Tout doit se passer comme s'il avait été réellement célébré après cette transcription.]

application et dans la mesure de la disposition de l'art. 1395. Art. 295, 2e al[14].

Le second mariage de ces époux ne peut être dissous de nouveau par le divorce, à moins que l'un d'eux n'ait encouru, depuis la célébration du mariage, une condamnation à une peine afflictive et infamante. Dans ce cas et pour cette raison seulement, l'autre conjoint pourrait demander de nouveau le divorce. Art. 295, 3e al.]

[§ 480.]

[*Des effets du divorce quant aux intérêts pécuniaires.*]

[La dissolution de la communauté se produit rétroactivement, dans les rapports des époux entre eux[1], au jour de la demande en divorce, c'est-à-dire au jour de la notifi-

[[14] Cette disposition de l'art. 295 est de nature à soulever de sérieuses difficultés dans le cas où le contrat de mariage qui accompagnait le premier mariage dissous par le divorce, était nul. — A supposer que la confirmation proprement dite du contrat de mariage nul soit possible — et il y a de sérieuses raisons d'en douter — (soit que la nullité provienne de l'incapacité de l'un des futurs conjoints (voy. § 502, texte, 3°, *in fine* : Cpr. § 502, note 30 *in fine*), soit qu'elle ait pour cause l'antériorité du mariage (voy. § 503, texte et note 10, et § 503 *bis*, texte et note 4) art. 1395) — il semble bien difficile d'admettre, en présence de l'art. 295, qu'en cas de dissolution du mariage par le divorce, la confirmation puisse avoir pour effet (à supposer qu'en principe elle puisse intervenir et qu'en fait elle intervienne) de permettre aux époux divorcés qui veulent se réunir, de prendre pour base de leur association conjugale nouvelle le contrat de mariage primitivement nul. La confirmation du contrat de mariage nul ne saurait, en aucun cas, intervenir pendant le mariage, parce qu'elle constituerait un changement aux conventions matrimoniales (voy. § 503 *bis*, texte et note 10) ; or, l'art. 295 a précisément pour objet de prolonger au delà de la première union, pour le cas où les anciens époux se réuniraient, l'immutabilité du régime matrimonial qui l'accompagnait. La confirmation paraît donc impossible, au moins dans cette mesure, *medio tempore*. Cpr. § 503 *bis*, note 10. E. B.]

[[1] Le législateur de 1886 a entendu, ici, appliquer au divorce la rétroactivité de la dissolution de la communauté qui se produit au cas de séparation de corps. Planiol. I[6]. n° 1156. Cpr. § 485 (494[4]), texte et note 18

cation à l'époux défendeur de l'ordonnance rendue par le juge aux termes de l'art. 235[2]. Art. 252, 5e al.

En conséquence de cette rétroactivité, la composition active et passive de la communauté se trouve définitivement fixée, dans les rapports des époux entre eux, au jour de cette notification[3].

Mais, vis-à-vis des tiers, le mari conserve, jusqu'à la transcription du divorce, tous ses pouvoirs sur la masse commune, et sur les biens communs, comme si la communauté n'était pas dissoute.]

Toutefois, les obligations contractées par le mari à la charge de la communauté, et les aliénations par lui faites des objets qui en dépendent[4], postérieurement à l'ordonnance dont il est parlé en [l'art. 235 du Code civil], doivent être annulées, lorsqu'elles ont été contractées ou faites en fraude des droits de la femme, et que les tiers avec lesquels le mari a traité ont été complices de la fraude[5]. Que si ces derniers avaient été de bonne foi, la femme n'en serait pas moins fondée à demander que son mari

[2] Bordeaux, 16 avril 1896. Dall., 1899. 2. 335. La tentative de conciliation fait partie de la procédure du divorce. Cpr. § 478 note 5. *Contrà* Baudry-Lacantinerie, II, n° 244.]

[[3] Voy. les arrêts cités dans Baudry-Lacantinerie, III. n° 242.]

[[4] (§ 494[4], note 20).] L'art. [243 (ancien art. 271)] ne parle que des aliénations immobilières, mais il ne nous paraît pas douteux que la disposition de cet article ne doive également s'appliquer à des aliénations frauduleuses de valeurs mobilières : *Par est ratio.*

[[5] (§ 494[4], note 21).] L'action qui, sous ce rapport, compète à la femme offre certaines analogies avec l'action paulienne; mais les règles qui régissent cette dernière n'y sont cependant pas indistinctement applicables, comme on paraît généralement le penser. C'est ainsi que, dans la matière qui nous occupe, il n'y a pas lieu de tenir compte du caractère onéreux ou gratuit des actes attaqués. En effet, les donations immobilières faites par le mari ne sont pas simplement révocables par application de l'art. 1167, mais annulables comme excédant les limites de ses pouvoirs : quant aux donations d'objets mobiliers, au contraire, elles ne peuvent être révoquées en raison du préjudice seul qu'elles ont causé à la femme, puisqu'elles rentrent dans le droit de disposition du mari, de sorte qu'elles ne sont révocables que comme frauduleuses, et qu'autant que les tiers ont été complices de la fraude. Cpr. art. 1422.

l'indemnisât jusqu'à concurrence de la moitié des valeurs communes dont il a voulu la frustrer[6]. [Art 243 (ancien art. 271[7]).]

Il est, du reste, bien entendu que la femme peut, s'il y a lieu, former une demande en séparation de biens parallèlement à son action en [divorce]; et, dans ce cas, les effets du jugement qui prononcera la séparation de biens remonteront, même à l'égard des tiers, au jour de la demande, pourvu que les formalités et conditions requises en matière de séparation de biens aient été dûment observées[8].

[La rétroactivité prévue par l'art. 252 se produit alors même que la transcription du divorce aurait été, pour une raison quelconque, opérée tardivement[9].

Enfin cette rétroactivité ne concerne que le régime de communauté et ses différentes modifications. Elle est étrangère au régime dotal[10].

Le divorce régulièrement transcrit[11] entraîne de plein

[[6] (§ 494[4], note 22).] Cpr. sur ces propositions : § 509, texte n° 1, et note 3.

[[7] (§ 494[4], note 23).] [L'ancien art. 271,] placé sous la rubrique de divorce, [s'appliquait] également à la séparation de corps. Toullier, II, 776. Demolombe, IV, 462. Zachariæ, § 493, texte et note 9. Req. rej., 26 juin 1866, Sir., 66, 1, 334; [aujourd'hui, l'art. 307 renvoie expressément à l'art. 243.]

[[8] (§ 494[4], note 24).] Marcadé, sur l'art. 311, n° 4. Rodière et Pont, *op. cit.*, III, 2180. Demolombe, IV, 515.

[[9] Cpr. § 478, texte et note 61. Les deux solutions nous paraissent liées.]

[[10] *Pœnalia non sunt extendenda. Non obstat*, § 485 (494[4]), texte et note 18. Cpr. § 487 (495[1] et 496[4]), note 7. Voy. comme applications, art. 1565, 1568, 1569, 1571.]

[[11] Le texte de l'art. 299 parle du divorce « prononcé » et non pas du divorce « transcrit », ce qui semblerait impliquer que la déchéance qu'il édicte résulte du jugement de divorce et non pas de la transcription. Outre qu'il serait bien singulier que l'un des effets du divorce résultât du jugement alors que tous les autres résultent de la transcription, l'expression du texte, tel qu'il a été remanié en 1884, vise la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, comme elle était prescrite par l'ancien art. 294, et c'est justement à cette prononciation du divorce par l'officier de l'état civil que la loi de 1886 a substitué la formalité plus simple de la transcription. C'est donc bien par l'effet et à dater de la transcription seulement que la déchéance de l'art. 299 se produit. Baudry-Lacantinerie, III, n° 278.]

droit[12], au préjudice de l'époux contre lequel il a été prononcé, la déchéance de tous les avantages qui résultaient pour lui, soit des stipulations[13] intervenues en contrat de

[[12] C'est là l'une des différences qui séparent, quant aux conditions de leur fonctionnement, la déchéance de l'art. 299 et la révocation pour ingratitude de l'art. 959. Mais cette différence ne doit pas être exagérée. S'il est évident que l'époux demandeur en divorce n'est pas tenu de conclure expressément à l'application de la déchéance de l'art. 299, s'il est évident que le juge saisi de la demande en divorce ne pourrait, en aucun cas, soustraire l'époux coupable à cette déchéance, — ce sont bien là les deux traits caractéristiques d'une déchéance de plein droit, le second expliquant d'ailleurs le premier, — il n'est pas douteux non plus que l'époux au profit duquel le divorce est prononcé peut renoncer expressément ou même tacitement à se prévaloir de cette déchéance, lors du règlement de la communauté dissoute (Rouen, 20 février 1897, Sir., 1899, 2, 241), par exemple en acceptant, en connaissance de cause, l'état liquidatif que le notaire commis à cet effet aurait dressé sans tenir compte de la déchéance de l'art. 299. C'est l'hypothèse sur laquelle la cour de Rouen a statué par l'arrêt précité. Mais nous hésiterions à admettre, avec la Cour de Cassation (10 février 1849, Sir., 1849, 1, 414), que le désistement, au cours de l'instance en divorce, de conclusions expressément prises à fin de déchéance, par l'époux offensé, équivaille à une renonciation véritable. Cela ne serait vrai que si la déchéance de l'art. 299 constituait, pour l'époux offensé, un avantage distinct des effets proprement dits du divorce, dont cet époux fût tenu de réclamer le bénéfice par des conclusions formelles, ce qui n'est pas exact.]

[[13] La déchéance de l'art. 299 atteint certainement des avantages matrimoniaux que la révocation pour ingratitude de l'art. 957 n'atteindrait pas. Tout le monde est d'accord là-dessus, et c'est une nouvelle différence entre les deux dispositions légales. La révocation pour ingratitude n'atteint que les libéralités proprement dites, faites en contrat de mariage ou même au cours du mariage par l'époux offensé à l'époux coupable (Cass., 26 janvier 1870, Dall., 1870, 1, 160. Cpr. Poitiers, 1er février 1881, Dall., 1881, 2, 179), tandis que la déchéance de l'art. 299 atteint des avantages matrimoniaux, résultant du contrat de mariage, qui ne constituent pas des libéralités proprement dites. L'exemple le plus simple est celui que fournit la clause de préciput, art. 1518 cbn. art. 1516. Cpr. § 529, notes 4 et 5, § 494 de notre 4e édition, notes 26 et 27. Mais il y en a certainement d'autres. Cpr. art. 1525. Quels que soient, d'ailleurs, ceux qu'on puisse donner, il serait, à notre avis, tout à fait excessif d'aller jusqu'à considérer comme des avantages matrimoniaux, au sens de l'art. 299, toutes les stipulations du contrat de mariage qui seraient avantageuses à l'époux coupable : à plus forte raison,

mariage entre lui et l'autre époux, soit des libéralités que l'autre époux lui avait faites depuis le mariage.

toutes les conséquences d'un régime matrimonial quelconque, en tant qu'elles seraient avantageuses à l'époux coupable : même à supposer que ces stipulations ou ces conséquences eussent pu être artificiellement considérées comme des libéralités au sens de l'art. 1527, si le mariage dissous par le divorce avait été un second mariage contracté par l'époux offensé au préjudice de ses enfants d'un premier lit. Voy. en ce sens : Rouen, 20 février 1897, Sir., 1899, 2, 241. Le domaine de l'art. 299 et celui de l'art. 1527 sont incontestablement différents. Mais si nous partageons, sur ce point essentiel, la doctrine de l'arrêt de la Cour de Rouen, nous ne saurions souscrire à l'application qu'il en fait. Nous admettons encore, avec la Cour de Rouen, que ce qui distingue l'avantage matrimonial au sens de l'art. 299 de la libéralité indirecte de l'art. 1527, c'est que l'avantage matrimonial de l'art. 299 suppose l'intention libérale de l'époux offensé envers l'époux coupable, tandis que la libéralité indirecte de l'art. 1527 ne la suppose pas. Cpr. § 690, note 19. Mais nous n'irions pas jusqu'à en conclure, comme la Cour de Rouen l'a fait, que l'avantage qui résulte pour l'époux coupable, de l'adoption du régime de la communauté légale, s'il tombe incontestablement sous le coup de l'art. 1527 (Cpr. § 690, note 15), ne saurait, en aucun cas, tomber sous le coup de l'art. 299, sous prétexte que cet avantage résulte, pour l'époux coupable, de l'application du régime légal des biens entre époux, c'est-à-dire de l'intervention de la loi, et que cette origine de l'avantage assuré à l'époux coupable est exclusive, en droit, de toute intention libérale de l'époux offensé. Outre que cette argumentation ne saurait convaincre les personnes qui ramènent la communauté légale à une communauté conventionnelle tacite (cpr. § 505, texte *in fine* et § 506, note 1), elle nous paraît attribuer à l'exigence de l'intention libérale comme trait distinctif de l'avantage matrimonial de l'art. 299 un caractère de précision et une importance de premier plan que nous ne saurions lui reconnaître. Pour nous, ce qui distingue essentiellement le domaine de l'art. 299 et celui de l'art. 1527, ce qui permet de définir le premier par opposition au second, c'est le but tout différent de ces deux textes. Dans l'art. 1527, qui tranche une question de *disponibilité* des biens, il s'agit d'assurer aux enfants du premier lit de l'époux offensé marié en secondes noces, la transmission d'un patrimoine qui doit leur revenir dans la mesure de leur droit d'héritiers réservataires, d'assurer, par conséquent, à leur profit, la reconstitution pratique de ce patrimoine, quelles que soient les atteintes que sa composition ait pu subir, du chef des conventions qui ont accompagné, ou des conséquences qui ont suivi le second mariage de leur auteur. C'est ce qui explique tout à la fois, que le système soit étranger aux bénéfices résultant du partage égal des économies faites sur les revenus (art. 1527 *in fine*),

Cette déchéance se produit quelle que soit la cause pour laquelle le divorce a été prononcé. D'ailleurs, si la cause

qu'il ne frappe l'avantage retiré par le conjoint de l'auteur des enfants du premier lit, de l'apport en capital de celui-ci, qu'en tant qu'il s'agit d'un profit net, toutes compensations opérées du chef des pertes que telle autre clause du contrat de mariage aurait fait éprouver à ce conjoint (cpr. § 690, note 21), enfin, que la détermination de ce profit net se fasse indépendamment de toute considération de l'intention libérale qui aurait pu accompagner les clauses du contrat de mariage dont ce profit résulte (cpr. § 690, note 19). — Au contraire, dans l'art. 299, qui organise une *pénalité civile*, analogue à celle des art. 792 et 1477, il s'agit de retirer à l'époux coupable le profit des stipulations avantageuses qui ne lui avaient été consenties ou des combinaisons avantageuses dont il ne devait bénéficier qu'à raison de sa qualité d'époux et à raison de l'exécution des obligations qui résultaient à sa charge de cette qualité. — Les deux systèmes sont donc essentiellement différents. Il suit de là, selon nous, que le champ d'application de l'art. 299, loin de se confondre avec celui de l'art. 1527, est parfois plus étendu, et parfois au contraire plus restreint. Il est plus étendu, en ce sens qu'il peut arriver que des combinaisons qui constituent, au sens de l'art. 1527, de pures conventions matrimoniales, constituent au contraire, au sens de l'art. 299, de véritables avantages matrimoniaux. Nous n'en voulons pour exemple que la communauté d'acquêts qui se serait établie entre l'époux coupable, peu fortuné, et l'époux offensé, riche, et dont l'actif se composerait d'économies, faites presque entièrement sur les revenus de l'époux offensé. L'établissement d'une pareille communauté constituerait incontestablement, selon nous, un avantage matrimonial qu'atteindrait la déchéance de l'art. 299, et ne constituerait certainement pas une libéralité indirecte au sens de l'art. 1527, puisqu'il ne s'agit que du partage égal d'économies faites sur les revenus. Nous citerons encore l'hypothèse beaucoup plus complexe, sur laquelle a statué la Cour de Cassation le 19 décembre 1890, Sir., 1891, 1, 129, note Wahl. La question du caractère onéreux ou gratuit des clauses du contrat de mariage, manifestement avantageuses au conjoint survivant, n'était d'ailleurs soulevée, devant la Cour de Cassation, qu'au point de vue fiscal, et nous n'avons pas à nous prononcer sur la solution qu'elle lui a donnée. Mais, au point de vue civil, nous n'hésitons pas à penser que des clauses comme celles qui lui étaient soumises constituaient à la fois de simples conventions de mariage au sens de l'art. 1527, et de véritables avantages matrimoniaux, au sens de l'art. 299. Il est donc bien vrai que le champ d'application de l'art. 299 est parfois plus étendu que celui de l'art. 1527. Mais le contraire peut également se produire. Il en est ainsi, croyons-nous, chaque fois que les clauses du contrat de mariage ou les conséquences légales du régime matrimonial, quelque avantageuses qu'elles

pour laquelle le divorce a été prononcé était en même temps de nature à entraîner la révocation pour cause d'ingratitude des libéralités proprement dites[14] que l'époux coupable avait reçues de l'autre époux, la déchéance

soient pour l'époux coupable, n'ont été ni conçues, ni acceptées dans la prévision de son intérêt par l'époux offensé. Elles peuvent, dans ce cas, tomber sous le coup de l'art. 1527 : elles ne constituent pas des avantages matrimoniaux. Elles ne constitueraient des avantages matrimoniaux consentis par l'époux offensé à l'époux coupable, et de nature à être atteints par la déchéance de l'art. 299, qu'autant qu'elles auraient été acceptées ou conçues par celui-là en prévision de l'intérêt de celui-ci. C'est là la condition que nous exigeons pour caractériser l'avantage matrimonial par opposition à la convention matrimoniale que frappe l'art. 1527. Cette condition ne se confond d'ailleurs pas du tout avec l'intention libérale qu'exige la Cour de Rouen, dans son arrêt précité du 20 février 1897, pour l'application de l'art. 299. Cette intention libérale, visant des avantages définis, serait, à nos yeux, constitutive d'une vraie libéralité de l'un des époux envers l'autre, et, pour nous, la notion de l'avantage matrimonial reste juridiquement distincte de la notion de libéralité proprement dite. — En résumé, la définition que nous donnons de l'avantage matrimonial, atteint, en cas de divorce, par l'art. 299, se tient à égale distance de la définition de la libéralité proprement dite, à laquelle peut s'appliquer, en cas de divorce, l'art. 957, et de la définition de la convention matrimoniale préjudiciable aux enfants du premier lit, art. 1527. — Nous n'ignorons pas les objections qui peuvent lui être adressées. La plus impressionnante de toutes a été formulée par M. le conseiller Dalmbert dans la note qui accompagne au Sirey l'arrêt précité de la Cour de Rouen. Il résulte de cette définition que le divorce, s'il n'anéantit pas toutes les stipulations du contrat de mariage qui seraient avantageuses à l'époux coupable, peut avoir cependant pour effet, en frappant certaines d'entre elles, de modifier gravement, au préjudice de l'époux coupable, l'économie des conventions matrimoniales, dont l'immutabilité paraît complètement indépendante du mode de dissolution du mariage. Nous répondrons simplement que cette objection s'adresse bien moins à la formule que nous défendons, qui vise principalement à distinguer le domaine de l'art. 299 de celui de l'art. 1527, qu'à la doctrine unanimement admise d'après laquelle l'avantage matrimonial de l'art. 299 se distingue de la donation proprement dite. Si l'art. 299 peut atteindre autre chose que des libéralités véritables, — et personne ne le met en doute, — il atteint donc des conventions matrimoniales dont la disparition modifie nécessairement l'économie du contrat de mariage en dépit de l'immutabilité de l'art. 1395.]

[[14] L'art. 959 ne s'applique pas aux libéralités faites entre futurs conjoints. Voy. § 708, note 11.]

de l'art. 299 ne se confondrait pas[15] avec cette révoca-

[15] Nous avons déjà indiqué, aux notes 12 et 13 *suprà*, deux différences profondes entre la déchéance des avantages matrimoniaux faits à l'époux coupable, et la révocation pour cause d'ingratitude des libéralités de toute nature que l'époux offensé avait pu lui faire. Nous en indiquerons d'autres aux notes 18 et 19 *infrà*. Toutes ces différences tiennent à la nature différente de la déchéance et de la révocation. La révocation est destinée à frapper le donataire ingrat, sans tenir compte de sa qualité d'époux : l'exception apportée par l'art. 959 à la règle de la révocation pour cause d'ingratitude, en ce qui concerne les libéralités faites en faveur du mariage, ne s'appliquant pas aux libéralités entre futurs conjoints, parce que ces libéralités ne présentent pas le caractère des autres libéralités qui interviennent, du chef des tiers, en faveur du mariage, et qui échappent à la révocation. Ces dernières sont censées faites tant au profit du futur conjoint à qui elles s'adressent qu'en vue des enfants à naître du mariage : c'est pour cela que, s'agissant de libéralités en biens présents comme de libéralités en biens à venir, elles ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude au préjudice des enfants. Cpr. art. 1082. Les libéralités entre futurs conjoints, au contraire, ne sont réellement faites qu'à celui des futurs conjoints à qui elles s'adressent. Ce qui le prouve bien, c'est la disposition de l'art. 1093, en ce qui concerne les libéralités en biens à venir. Le retour au droit commun de la révocation pour cause d'ingratitude, en ce qui concerne les libéralités, en quelques biens que ce soit, entre futurs conjoints, nous paraît être une solution de même caractère et de même esprit que celle de l'art. 1093 pour les libéralités en biens à venir. Selon nous, la disposition de l'art. 959 à laquelle cette solution déroge, se ramène, comme les dispositions des art. 1082 et 1093, à une interprétation de la volonté du disposant. Sans doute, le système de la révocation pour cause d'ingratitude, pris dans son ensemble, art. 955 à 958, se rattache à la règle impérative de l'irrévocabilité des donations, art. 894, à laquelle il déroge, et il constitue dès lors, lui-même, à ce titre, un ensemble de dispositions impératives. L'art. 959 n'en reste pas moins, selon nous, un texte interprétatif de volonté, parce qu'en son absence, l'art. 1086 aurait suffi à permettre au disposant de renoncer, en contrat de mariage, à la révocation pour cause d'ingratitude de la libéralité qu'il y faisait. L'art. 959 supplée cette renonciation sous-entendue. — La déchéance des avantages matrimoniaux, dans l'art. 299, n'a pas du tout le même caractère. Cette déchéance est une suite nécessaire du divorce, une conséquence civile attachée de plein droit à la dissolution du mariage, en tant que cette dissolution est provoquée par une infraction au devoir d'époux. Tout ici est de rigueur, et il ne serait certainement pas permis, selon

tion[16] qui pourrait, le cas échéant, se produire en dehors d'elle[17] et qui resterait soumise, soit quant aux personnes qui peuvent la demander[18], soit quant aux conditions de

nous, aux parties, de réserver en contrat de mariage telles ou telles stipulations ou clauses qu'elles entendraient alors préserver de l'application éventuelle de l'art. 299.]

[16 Il nous paraît utile d'ajouter que la question des rapports de la déchéance de l'art. 299 et de la révocation pour cause d'ingratitude de l'art. 959 ne pouvait naturellement se poser, avant la loi du 27 juillet 1884, que pour les jurisconsultes qui admettaient l'extension de l'art. 299 à la séparation de corps. Précisément, MM. Aubry et Rau, pas plus dans leur 4e édition que dans leurs éditions antérieures, n'admettaient cette extension. Cpr. 4e éd., § 494, note 32, 5e éd., § 485, note 32. Pour eux, par conséquent, l'indépendance de la déchéance de l'art. 299 et de la révocation pour cause d'ingratitude de l'art. 959 s'imposait. Cpr. 4e éd., § 708, notes 12 et 24. — Peut-être n'auraient-ils pas admis cette indépendance en matière de divorce. Cpr. 4e éd., § 708, note 27. E. B.]

[17 Les deux droits, celui d'invoquer la déchéance et celui de demander la révocation, distincts par leur objet, par leur origine, et par leurs conditions d'exercice, ne sont, en aucun cas, paralysés l'un par l'autre. Il faudrait se garder de s'inspirer ici des idées des anciens interprètes du droit romain sur le concours des actions, de telle sorte que l'exercice de l'un des deux droits eût pour effet de faire disparaître l'action correspondant à l'autre. Il n'y a rien de pareil dans notre droit. Cpr. à titre d'exemple, § 372 *bis*, note 31.]

[18 Les héritiers de l'époux offensé pourront demander la révocation, sous le bénéfice des réserves et distinctions suivantes : 1° dans le cas où le mari serait décédé sans avoir demandé le divorce contre la femme adultère, et où ses héritiers ne pourraient se fonder, pour établir l'ingratitude de la femme, que sur l'adultère lui-même, leur action en révocation nous paraîtrait devoir être écartée, pour cette raison que toute action fondée sur l'adultère de la femme est essentiellement personnelle au mari, qui peut préférer le silence à la sanction, quelle qu'elle soit. Cass., 21 juillet 1875, Sir., 1875, 1, 416. Cpr. § 515 *bis*, note 6. Il en serait autrement, croyons-nous, pour les héritiers de la femme invoquant l'adultère du mari comme preuve d'ingratitude. Trib. Saverne, 21 juill. 1828, Dall., *Répert.*, v° *Séparation de corps*, n° 390; — 2° dans le cas où l'époux offensé aurait demandé le divorce, sans conclure expressément à la révocation de la libéralité par lui faite à l'époux coupable, et où il serait établi que son silence sur la question de révocation a été intentionnel, l'action en révocation de ses héritiers devrait être pareillement écartée : mais elle ne pourrait l'être, selon nous, que sous cette condition (Trib. de Versailles, 13 nov. 1901, *Gaz. des Trib.*

de toute nature dans lesquelles elles peuvent la demander[19] aux règles du droit commun.

La déchéance de l'art 299 ne saurait porter aucune atteinte au droit que des tiers auraient acquis sur les biens

du 24 nov. 1901), le seul fait du silence ne suffisant pas à faire présumer le pardon. Cass., 22 juin 1897. Dall., 1897, 1, 559. Voy. en sens contraire Aix., 28 oct. 1894. Dall., 1896, 1, 449. Il est d'ailleurs bien entendu qu'en pareil cas les héritiers agiraient en révocation de leur chef, dans les conditions de l'art. 957 *in fine*, autrement dit, qu'ils ne pourraient agir que pendant le temps qui resterait à courir, depuis le décès de leur auteur, pour parfaire le délai d'un an de l'art. 957. Paris, 18 février 1896. Dall., 1896, 2, 197. La Cour de Paris avait admis antérieurement qu'ils pourraient agir, dans ce cas, pendant un an à dater du décès de leur auteur : cette dernière solution nous paraît erronée. Cpr. § 708, note 22; — 3° dans le cas où l'époux offensé aurait demandé le divorce et conclu expressément à l'application de la déchéance de l'art. 299, la même doctrine nous paraîtrait devoir être maintenue. La déchéance et la révocation ne se confondant pas, demander l'une n'équivaut pas à demander l'autre. Les conclusions prises à fin de décheance subiront le sort de toutes conclusions prises à fin de divorce ; la mort de l'époux demandeur les anéantira. Cpr. § 708, note 24. Les héritiers ne pourront donc agir en révocation que de leur chef, et dans le délai qui leur est imparti pour la seconde hypothèse. Cass., 29 décembre 1873. Sir., 1874, 1, 289: — 4° dans le cas où l'époux offensé aurait demandé le divorce et conclu expressément à la révocation et serait décédé *pendente lite*, les héritiers, en tant qu'ils agiraient en révocation, continueraient la procédure entamée par les conclusions spéciales de leur auteur à fin de révocation, et leur action ne serait plus enfermée dans le délai d'un an de l'art. 957. Bordeaux, 27 nov. 1890, Dall., 1892, 2, 539; — 5° dans le cas enfin où l'époux offensé aurait demandé le divorce, aurait conclu expressément à la révocation, et où la procédure du divorce aurait été anéantie par une cause indépendante de son décès, ses héritiers, à supposer qu'il fût décédé depuis, ne pourraient agir que de leur chef, comme dans la troisième hypothèse, c'est-à-dire dans le délai qui leur est imparti pour la seconde. Bordeaux, 12 février 1873. Sir., 1873, 2, 196.]

[19 C'est ainsi que l'époux donateur offensé pourrait agir en révocation contre l'époux donataire coupable sans demander le divorce. Cpr. § 708, note 12. C'est ainsi encore qu'au point de vue du conflit des lois, la déchéance de l'art. 299 dépendrait de la loi qui régit les effets du mariage (cpr. Chambéry, 26 juin 1869, Sir., 1870, 2, 79), et la révocation pour ingratitude, de la loi qui régit les effets de la donation (cpr. Cass., 16 mars 1880, Sir., 1882, 1, 174, et Grenoble, 23 mars 1881, sous Cass., 10 février 1885, Sir., 1896, 1, 74).]

donnés[20], antérieurement à la transcription du divorce[21], réserve faite de l'application, le cas échéant, de la disposition de l'art. 243. Quant à la révocation pour ingratitude, elle est soumise, sur ce point comme sur tous les autres, aux règles du droit commun.

Il nous paraîtrait d'ailleurs excessif d'appliquer à la déchéance de l'art. 299, dans les rapports des époux entre eux, la rétroactivité de la révocation pour cause d'ingratitude, dans les rapports des parties entre elles, avec les conséquences que cette rétroactivité entraînerait à la charge de l'époux coupable[22]. Tout au plus admettrions-nous cette rétroactivité dans les termes de l'art. 252 *in fine*[23]. Mais il est bien entendu qu'en tant que l'époux offensé demanderait expressément la révocation, et qu'elle lui serait accordée par le juge, le droit commun de l'art. 958 reprendrait son empire, quant à la rétroactivité, dans les rapports des époux entre eux.

En sens inverse, l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé, conserve tous ses avantages matrimoniaux. Art. 300. Notamment, il conserve ses droits au préciput de communauté, sauf à n'exercer ces droits] qu'en cas de survie et lors de la mort de son conjoint. Art. 1518[24].

[[20] La déchéance est une peine qui ne doit pas atteindre les tiers. La solution est ici la même qu'en matière de révocation pour cause d'ingratitude. Art. 958.]

[[21] Nous maintenons, quant à la détermination du point de départ des effets de la déchéance vis-à-vis des tiers, le principe fondamental de la distinction de la déchéance et de la révocation pour cause d'ingratitude. La demande en divorce, en tant qu'elle fait naître l'éventualité de la déchéance, ne recevant aucune publicité du genre de celle que prescrit l'art. 958 en matière de révocation pour cause d'ingratitude, je ne crois pas pouvoir faire rétroagir le divorce au jour de la demande, au préjudice des tiers, bien que MM. Aubry et Rau aient admis, dans leur 4e édition, § 494, note 33, la rétroactivité de cette déchéance à l'égard des tiers au jour de la demande en séparation de corps. E. B.]

[[22] Voy. § 708, notes 33 à 36. La révocation est une résolution, la déchéance n'est pas une résolution.]

[[23] Au jour de la demande en divorce, mais non pas au jour de la donation.]

[[24] (§ 494[4], note 26)]. Si on considère la continuation de la communauté jusqu'au décès de l'un des époux comme une condition inhé-

L'époux, au contraire, contre lequel la séparation a été prononcée ne peut plus réclamer le bénéfice de ce préciput[25].

Les mêmes règles s'appliquent aux autres droits de survie sur la communauté, tels, par exemple, que l'attribution au survivant, soit d'une part plus forte dans la masse commune, soit même de cette masse tout entière[26].

[Il semble même que la donation de biens à venir, consentie en contrat de mariage à l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé par celui contre lequel il l'a été, et sur les biens propres de ce dernier, continuerait à produire

rente à l'exercice du préciput d'après la nature même de ce droit, l'art. 1518 constituera une disposition de faveur pour l'époux qui a obtenu la séparation de corps, et la rédaction de cet article, ainsi que les explications données par Duvergier dans son rapport au Tribunat, semblent indiquer que c'est à ce point de vue que le législateur s'est placé. Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 372 et 373, n° 45. Que si, au contraire, on admet que la dissolution de la communauté avant le décès de l'un des époux ne forme pas par elle-même obstacle à l'exercice ultérieur du préciput, la disposition de l'art. 1518, en tant qu'elle prive implicitement de la jouissance de ce droit l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, présentera le caractère d'une pénalité civile infligée à cet époux pour avoir amené par son fait la dissolution anticipée de la communauté, et pour avoir ainsi privé son conjoint de l'avantage qu'aurait pu lui procurer la continuation de cette dernière jusqu'à la dissolution du mariage. Quelle que soit la manière de voir qu'on adopte à cet égard, toujours paraît-il certain que, si l'époux défendeur perd son droit éventuel au préciput, ce n'est point, comme l'enseignent certains auteurs, par suite d'une révocation fondée sur son ingratitude. Cette cause de révocation, propre aux dispositions à titre gratuit, est en effet inapplicable au préciput qui, pour le fond comme pour la forme, ne constitue pas une libéralité, mais une simple convention de mariage ayant pour objet de modifier les effets de la communauté légale. Voy. art. 1516.

[[25] (§ 494[4] note 27).] Arg. *a contrario*, art. 1518. Duranton, II, 626; Massol, p. 282, n° 15; Demolombe, IV, 520. Voy. cep. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 5, p. 64, note 2; Toullier, II, 781, note 1.

[[26] (§ 494[4], note 24).] Cpr. art. 1452. Cette proposition, qui nous semble incontestable, diminue, dans une certaine mesure, l'importance de la question de savoir si l'art. 299 peut être étendu du divorce à la séparation de corps. Voy. cep. Zachariæ, § 494, texte *ad* art. 1452.

ses effets, en ce cas de prédécès de ce dernier[27]. Art. 300. Nous admettrions cette solution, même à supposer que la donation de biens à venir ait été réciproque, et qu'en tant qu'elle s'adressait à l'époux coupable, elle ait été anéantie par la déchéance de l'art. 299[28].

L'époux au profit duquel le divorce a été prononcé[29]

[[27] Cette solution, quelque peu choquante qu'elle paraisse, nous semble résulter nécessairement de la disposition de l'art. 300, combinée avec le caractère définitif du titre contractuel d'héritier, que l'institution contractuelle assure à l'institué (cpr. § 739, note 57), soit à la date du contrat du mariage, comme nous l'avons admis dans notre 4e édition, soit à la date de mariage lui-même, comme le pensent d'autres jurisconsultes. Il y a, à ce point de vue, une différence profonde entre le titre éventuel d'héritier qui résulte pour chaque époux de l'art. 767 (loi du 9 mars 1891), qui dépend de la qualité d'époux, et qui suppose dès lors la persistance de cette qualité chez celui qui l'invoque à la date du décès de celui sur la succession duquel il l'invoque (cpr. § 479, note 10), et le titre incommutable d'héritier qui résulte de l'institution contractuelle, dont l'exercice ne suppose pas nécessairement la qualité d'époux. On pourrait seulement se demander si, au point de vue fiscal, il n'y aurait pas lieu de tenir compte de cette disparition de la qualité d'époux, pour appliquer à la mutation qui s'opère en conséquence de l'ouverture de l'institution contractuelle, au profit d'un ancien époux sur les biens de son ancien époux, le tarif des droits de mutation entre étrangers et non pas le tarif des droits de mutation entre époux. Il semble que la formule de l'art. 300, aux termes duquel l'époux qui obtient le divorce *conserve* ses avantages matrimoniaux, implique, dans cette hypothèse, le maintien fictif de la qualité d'époux, malgré le divorce, à fin de perception du droit de mutation sur le tarif moins élevé des droits de mutation entre époux. Voy. en ce sens : Beudant, II, n° 427 et les autorités qu'il cite.]

[[28] C'est encore l'application rigoureuse de l'art. 299 cbn. art. 300. Mais nous pensons que cette solution devrait être modifiée, s'il était établi, par interprétation du contrat de mariage, et indépendamment de la simple formule de réciprocité de la donation de biens à venir de chacun des futurs époux à l'autre, que, dans la pensée de chacun d'eux, chacune des deux donations de biens à venir était subordonnée à l'autre, et son maintien subordonné au maintien de l'autre, de telle sorte que, l'une d'elles disparaissant (par exemple par application de l'art. 299), l'autre dût également disparaître. Une clause expresse du contrat de mariage en ce sens serait incontestablement valable par application de l'art. 1086. Cpr. cependant *suprà*, note 15 *in fine*.]

[[29] Si le divorce est prononcé aux torts des deux conjoints, la

peut obtenir du juge, suivant les cas, soit par voie de conclusions prises au cours de l'instance en divorce, soit par voie d'action ultérieure et indépendante[30], l'allocation d'une pension alimentaire et même des dommages-intérêts.

La pension alimentaire est due à cet époux s'il se trouve dans le besoin à la date[31] et en conséquence[32] de la dissolution

jurisprudence refuse toute pension alimentaire à l'un comme à l'autre. Cass., 24 nov. 1886, Sir., 1887. 1, 433. Cass., 27 janvier 1891, Sir., 1891, 1, 72. Cette solution nous paraît très exacte, et elle s'accorde parfaitement avec l'analyse que nous donnons de la disposition de l'art. 301 à la note 32 *infrà*. Quelle que soit la proportion des torts de l'un aux torts de l'autre, il suffit que le divorce soit prononcé aux torts de l'un et de l'autre pour que la cessation de la vie conjugale soit due à la faute de l'un comme à celle de l'autre, et qu'aucun d'eux n'ait qualité pour en faire grief à l'autre. Mais nous n'admettrions pas absolument la même solution en ce qui concerne la condamnation aux dommages-intérêts. La condamnation à des dommages-intérêts correspondant à un préjudice distinct de celui qui résulte de la cessation de la vie conjugale (cpr. note 42 *infrà*), résultant sans doute d'un fait qui a provoqué le divorce, mais ne résultant de ce fait que parce qu'il est constitutif d'une faute de droit commun au sens de l'art. 1382, pourrait très bien intervenir, selon nous, à l'encontre de l'un des conjoints, même si le divorce était prononcé aux torts communs de l'un et de l'autre. Il y a là une différence entre l'allocation de la pension alimentaire et la condamnation aux dommages-intérêts, qui est due aux caractères différents de l'une et de l'autre. Cpr. note 32 *infrà*.]

[30 Paris, 16 juin 1888, Sir., 1889. 2, 103. Cass., 10 mars 1891. Sir., 1891. 1, 148. Voy. en sens contraire Riom : 27 janvier 1887. Sir., 1888, 2, 214.]

[31 Paris, 16 juin 1888, Sir., 1889. 2, 103. Voy. en sens contraire: Montpellier, 19 mars 1901, Sir., 1905, 2, 57, note Wahl. Cpr. la note suivante.]

[32 Beaucoup de jurisconsultes ne voient dans la disposition de l'art. 301 qu'une application du principe général de l'art. 1382. La vie commune comportait pour le conjoint qui s'est trouvé dans la nécessité de demander le divorce des avantages qu'il a perdus par la faute de l'autre : celui-ci lui doit de ce chef une réparation, et la pension alimentaire de l'art. 301 constitue précisément cette réparation. Baudry-Lacantinerie, III, n° 289. Planiol, I[6], n° 1259 et les autorités citées. Cette doctrine ne nous semble que partiellement exacte. Sans doute, c'est bien à l'idée sur laquelle elle est fondée qu'il convient de rattacher quelques-unes des solutions que nous indiquons au texte. Cpr. notes 30 *suprà* et 35 et 36 *infrà*. Mais elle

lution du mariage, à supposer, bien entendu, que les avantages matrimoniaux qui lui ont été faits, et dont il

nous paraît impuissante à justifier d'autres solutions qui ne semblent pas moins certaines. Cpr. note 31 *suprà*. Nous craignons d'ailleurs qu'en accentuant ainsi les rapports de l'art. 301 et de l'art. 1382, on aboutisse, sinon peut-être à confondre les deux condamnations qui peuvent éventuellement atteindre l'époux coupable, la condamnation au service d'une pension alimentaire et la condamnation à des dommages-intérêts, tout au moins à exagérer le rapprochement de ces deux condamnations et des obligations toutes différentes qu'elles sanctionnent. Cpr. Cass., 3 janvier 1893, Sir., 1893. 1. 225, et la note Labbé. Si la condamnation à des dommages-intérêts nous apparaît comme rigoureusement fondée sur l'art. 1382, il n'en est pas de même de l'allocation de la pension alimentaire dans les termes de l'art. 301. La disposition de l'art. 301 nous semble fondée, dans une certaine mesure, sur celle de l'art. 212, en même temps que sur celle de l'art. 1382. Le préjudice que l'allocation de la pension alimentaire a pour objet de réparer est exclusivement celui qui résulte de la cessation de la vie conjugale, c'est-à-dire de l'extinction, par la faute de l'époux coupable, de l'obligation de l'art. 212, qui caractérisait la vie conjugale, et qui ne peut pas lui survivre. La pension alimentaire de l'art. 301, c'est donc, au fond, l'obligation de secours de l'art. 212, transformée par le divorce et par la faute à laquelle le divorce est dû, en une obligation alimentaire proprement dite. La disposition de droit commun de l'art. 1382 n'est pas la véritable source de cette obligation alimentaire : elle est seulement l'agent de transformation de l'obligation de secours de l'art. 212 en une obligation alimentaire. C'est à ce titre que nous admettons, avec la cour de Paris (Cpr. note 31 *suprà*) que l'obligation alimentaire de l'art. 301 n'existe qu'autant que l'époux innocent se trouve dans le besoin à la date de la dissolution du mariage. L'obligation de secours de l'art. 212 ne survivant pas à la dissolution du mariage, ne saurait faire naître une obligation alimentaire correspondant à un état de besoin qui ne se révélerait qu'après la dissolution. C'est une idée analogue à celle que le législateur de 1891 a consacrée dans l'art. 205. Cpr. § 470 *ter*, note 2. Si l'on fonde exclusivement la condamnation au service d'une pension alimentaire sur l'art. 1382, il nous semble difficile de limiter ainsi la condamnation à l'hypothèse où l'état de besoin de l'époux qui a obtenu le divorce est contemporain de la dissolution du mariage. Baudry-Lacantinerie, III, n° 291. Pareillement, nous avons peine à comprendre, dans cette conception, le caractère alimentaire de la dette de l'époux coupable, notamment la faculté pour le juge de modifier le chiffre de la pension, après le divorce, en conséquence d'une diminution des ressources de l'époux débiteur ou des besoins de l'époux créancier postérieurs au divorce. Si la condamnation était

conserve le bénéfice, comme il a été dit plus haut, soient insuffisants.

Le chiffre de cette pension est calculé en tenant compte des ressources de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. Elle ne saurait, en aucun cas, excéder le tiers des revenus du débiteur, à la date de la dissolution du mariage[33].

Elle peut être diminuée ou même supprimée[34], si la situation de l'époux créancier ou celle de l'époux débiteur vient à changer. Elle ne disparaît pas nécessairement par le convol de l'époux créancier[35].

La dette se transmet passivement aux héritiers de l'époux débiteur, qui en sont tenus au même titre et dans les mêmes conditions que lui[36] : elle n'est pas transmis-

exclusivement fondée sur l'art. 1382, le chiffre en serait déterminé, semble-t-il, une fois pour toutes, à la date et en conséquence du divorce. Voy. encore notes 29 *suprà* et 33 *infrà*. Cpr. à notre analyse de la disposition de l'art. 301, la note de M. Labbé, Sir., 1893, 1, 225.]

[[33] L'art. 301 parle seulement du tiers des revenus, sans déterminer la date à laquelle il faut se placer pour les évaluer. Mais la précision que nous ajoutons au texte nous paraît s'imposer. De même que le juge ne saurait, pour accorder la pension, prendre en considération que l'état de besoin de l'époux créancier à la date de la dissolution du mariage (cpr. notes 30 et 31 *suprà*), parce que c'est à cette date que s'éteint l'obligation de secours de l'art. 212, dont l'obligation alimentaire de l'art. 301 n'est que la transformation, de même la loi, pour fixer le chiffre que la pension ne doit pas dépasser, n'a pu s'attacher, pour les mêmes raisons, qu'à l'état des revenus de l'époux débiteur à la date de la dissolution du mariage. A notre avis, les deux solutions sont liées l'une à l'autre.]

[[34] A la requête du débiteur, ou même de ses créanciers chirographaires, par application de l'art. 1166. Dijon, 18 mars 1903, Sir., 1904, 2, 131. A plus forte raison, à la requête du créancier hypothécaire du mari débiteur, dans une procédure d'ordre, où la femme créancière invoque son hypothèque légale à l'effet de garantir le payement de cette pension. Dijon, 18 mars 1903, précité.]

[[35] Baudry-Lacantinerie, III, n° 290, et les autorités citées.]

[[36] Notamment, ils peuvent demander la réduction de la pension au tiers des revenus, à supposer que ces revenus aient diminué par l'effet du décès ou après le décès. Cass., 10 mars 1903, Sir., 1903, 1, 222. Nancy, 26 juin 1903, Sir., 1904, 2, 33. Dijon, 18 nov. 1903, Sir., 1904, 2, 131. Mais il est bien entendu qu'il peut arriver que leur part dans le service de la dette soit inégale, à raison de la différence de leurs ressources respectives. Nancy, 26 juin 1903, précité.]

sible activement[37]. Si cette dette pèse sur le mari, elle est garantie par l'hypothèque légale[38], mais subit la réduction au marc le franc, par l'effet de la faillite ou de la liquidation judiciaire du mari, qui n'en entraînent d'ailleurs, ni l'une ni l'autre, l'extinction[39].

Indépendamment de cette pension alimentaire, l'époux au profit duquel le divorce a été prononcé peut obtenir des dommages-intérêts dans les conditions du droit commun, s'il résulte du fait à raison duquel le divorce a été prononcé à son profit un préjudice matériel ou moral[40] appréciable[41], distinct de celui qui résulte déjà pour lui de la cessation de la vie commune par la dissolution du mariage[42] et que l'allocation de la pension alimentaire dont il vient d'être question a pour but de réparer[43].]

[§ 481.]

[*Des effets du divorce quant aux enfants issus du mariage.*]

[Le divorce modifie l'exercice de la puissance paternelle quant au droit de garde et d'éducation des parents sur les enfants.

[[37] La transmissibilité passive et l'intransmissibilité active de la dette sont la conséquence de la double idée à laquelle nous croyons que la disposition de l'art. 301 se rattache. Cpr. note 32 *suprà*. En expliquant ce texte par l'art. 1382 seulement, on n'arriverait à justifier, croyons-nous, que la première.]

[[38] Ce n'est pas douteux en cas de séparation de corps. Dijon, 18 nov. 1903, Sir., 1904, 2, 131. Nous pensons qu'il en est de même en cas de divorce. Cpr. § 264 *ter*, note 8 *bis*.]

[[39] Cass., 28 octobre 1902, Sir., 1903, 1, 113; Orléans (mêmes parties), 23 juillet 1903, Sir., 1905, 2, 302; Aix, 2 juin 1909, Sir., 1909, 2, 195.]

[[40] Montpellier, 29 nov. 1897, Sir., 1901, 2, 137, note Lacoste; Dijon, 27 février 1907, Sir., 1907, 2, 64.]

[[41] Angers, 25 janvier 1905, Sir., 1906, 2, 49.]

[[42] Lyon, 22 mai 1907, Sir., 1907, 1, 276; Trib. Châlons-sur-Marne, 14 avril 1905, Sir., 1906, 2, 52.]

[[43] L'allocation de dommages-intérêts est complètement indépendante de l'allocation de la pension alimentaire. Toulouse, 12 mai 1903, Sir., 1903, 2, 240.]

Si, en principe, les enfants doivent être confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal peut, sur la demande des membres de la famille[1] ou du ministère public, et même d'office[2], en ne s'inspirant que de leur intérêt, les confier à un tiers ou même à l'époux contre lequel[3] le divorce a été prononcé. Il jouit, sur ce point, d'un pouvoir discrétionnaire, qu'il peut exercer même après la dissolution du mariage[4], en modifiant, ou même en révoquant, à la requête des mêmes personnes qui ont qualité pour les provoquer[5], les mesures primitivement prises, si les raisons de fait qui justifiaient ces mesures ont disparu[6].

Il est d'ailleurs bien entendu que, quelle que soit la personne à laquelle la garde et l'éducation des enfants ont été confiées, les obligations de chacun des époux envers les enfants restent les mêmes qu'auparavant.

Réserve faite de ce qui sera dit plus loin de l'administration légale et de l'usufruit légal, l'exercice des autres droits généralement quelconques des parents vis-à-vis des enfants n'est pas modifié par le divorce[7]. Notamment, le père conserve le pouvoir d'émanciper l'enfant, alors même qu'il n'en aurait pas obtenu la garde, et l'émancipation par lui consentie dans ces conditions est pleine-

[1 Paris, 17 juillet 1886, Sir., 1888, 2, 129. Cass., 18 février 1893, Dall., 1893, 1, 279.]

[2 Cass., 15 déc. 1896, Dall., 1897, 1, 420.]

[3 Il n'a pas à motiver sa décision autrement que par la considération de l'intérêt de l'enfant. Cass., 1er mars 1897, Sir., 1898, 1, 72. D'ailleurs, il n'est lié, ni pour le présent, ni pour l'avenir, par les conventions qui auraient pu intervenir à ce sujet entre les époux. Cass., 3 janvier 1893, Sir., 1893, 1, 251. Cass., 4 juillet 1893. Sir., 1893, 1, 424.]

[4 Le tribunal qui a statué sur la garde des enfants reste seul compétent à l'effet de modifier les mesures prises, même en cas de changement de domicile des parties postérieurement au divorce. Code de proc. civ., art. 472, 554. Cass., 25 août 1884, Sir., 1884, 1, 424; Orléans, 8 janvier 1885, Sir., 1885 2, 45.]

[5 Paris, 17 juillet 1886, Sir., 1888, 2, 129.]

[6 Cass., 1er août 1883, Sir., 1884, 1, 116; Cass., 3 juillet 1893, Sir., 1893, 1, 424.]

[7 Cpr. § 454, texte et note 3 *bis*.]

ment valable, lors au moins qu'il n'est pas établi qu'elle n'est pas intervenue dans l'intérêt de l'enfant[8].

L'administration légale des biens de l'enfant est, en principe, dévolue à celui des époux auquel la garde de l'enfant a été confiée, mais le tribunal peut en ordonner autrement. Art. 389, 3e al.[9].

L'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd d'ailleurs, à dater de la transcription du divorce, l'usufruit légal des biens de ses enfants. Art. 386.

En cas de décès de celui des époux divorcés qui avait obtenu la garde de l'enfant et l'administration de ses biens, la tutelle s'ouvre, et elle est dévolue au survivant dans les conditions du droit commun[10].]

B. DE LA SÉPARATION DE CORPS.

BIBLIOGRAPHIE. — *De la séparation de corps*, par Massol; Paris, 1840. 1 vol. in-8.

§ [482 (489⁴)][1].

Notion de la séparation de corps.

La séparation de corps est l'état où se trouvent placés deux époux entre lesquels a cessé l'obligation de vivre en commun, que le mariage leur imposait. Cpr. art. 214.

[[8] Dans le cas contraire, la nullité de l'émancipation pourrait être demandée par la mère. Trib. de la Seine, 6 mars 1862, Sir., 1862, 2, 394; Rouen, 12 juin 1866, Sir., 1867, 2, 47; Cass., 4 avril 1865, Sir., 1865, 1, 257; Cass., 12 juin 1891, *Gaz. des Trib.*, 10 juillet 1891. Voy. § 551, note 7. Cpr. § 129, note 17. — Nous ne pensons pas qu'il y ait là une application de la théorie connue sous le nom de théorie de l'abus du droit.]

[[9] C'est ce que décidait la jurisprudence, avant la loi du 6 avril 1910. Paris, 15 déc. 1886, Sir., 1888, 2, 217.]

[[10] Cass., 13 août 1884, Sir., 1885, 1, 80; Paris, 24 juin 1892, Sir., 1893, 2, 228. La cour de Paris s'était d'abord prononcée en sens contraire, 7 juillet 1882, Sir., 1883, 2, 219.]

[1] Les §§ 475 à 488 du *Manuel* de Zachariæ sont relatifs au divorce. Cpr. § 449, texte *in fine*.

La séparation de corps ne peut résulter que d'un jugement. Ainsi, elle ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des deux époux. Art. 307. Le traité par lequel les époux conviendraient de vivre séparés l'un de l'autre ne serait pas obligatoire pour eux, et à plus forte raison ne pourrait-il être opposé aux tiers[2].

La séparation de corps est immédiatement attachée au jugement qui accueille la demande formée à cet effet. Elle n'a pas besoin, comme le divorce, d'être [transcrite sur les registres de l'état civil][3].

La séparation de corps ne rompt pas, mais relâche seulement le lien du mariage. En général, elle laisse subsister tous les effets juridiques que le mariage produit, et n'entraîne que la cessation de ceux de ces effets qui sont une conséquence de la vie commune.

§ [483 (490[4])].

Aperçu historique. — Règle d'interprétation.

1° Avant la Révolution, la séparation de corps était, comme les autres parties de la matière du mariage, régie par les dispositions du Droit canon[1].

La loi du 20-25 septembre 1792 abolit complètement cette institution et la remplaça par le divorce.

Le projet de Code civil présenté par la Commission de rédaction était sur ce point conforme au Droit intermédiaire.

Lors de la discussion au Conseil d'État, la question de savoir si la séparation de corps devait être rétablie, et surtout celle de savoir dans quelles limites elle serait admise, furent vivement débattues. Les partisans de la sépara-

[2] Cpr. Nancy, 22 janvier 1870, Sir., 70, 2, 54.

[3] Demolombe, IV. 493. Zachariæ, § 489, texte *in principio*. [Ces auteurs raisonnent sur l'ancienne formalité de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil.]

[1] Toutefois, d'après le dernier état de l'ancienne jurisprudence, les tribunaux séculiers étaient seuls compétents pour statuer, même en premier ressort, sur les demandes en séparation de corps. Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 3, n° 2.

tion de corps réussirent à la faire admettre, pour cause déterminée, parallèlement au divorce, et concurremment avec lui, de manière à laisser à l'époux plaignant la faculté de demander, pour les mêmes raisons, soit le divorce, soit la séparation de corps. Le principal motif qui dicta cette résolution fut que, l'Église catholique rejetant le divorce, il fallait donner aux époux qui suivent cette religion la liberté et les moyens de se séparer sans faire violence à leurs croyances religieuses.

[Après l'abolition du divorce par la loi du 8 mai 1816, et jusqu'à son rétablissement par la loi du 27 juillet 1884, la séparation de corps resta le seul procédé de sanction applicable aux infractions de l'un quelconque des conjoints à son devoir d'époux. Depuis la loi du 27 juillet 1884, portant rétablissement du divorce, le divorce et la séparation de corps coexistent dans notre législation, et constituent deux procédés de sanction, de conséquences d'ailleurs inégales[1] *bis*, applicables aux infractions de l'un quelconque des conjoints à son devoir d'époux.]

2° Il résulte de ces explications que la séparation de corps a, jusqu'à [un] certain point, été envisagée comme le divorce des catholiques : et, par voie de conséquence, l'on se trouve amené à [poser] la règle suivante :

Les dispositions du Code Napoléon sur le divorce peuvent et doivent être consultées pour l'interprétation et le complément du petit nombre de celles que ce Code contient sur la séparation de corps[2], à moins que leur application à cette dernière matière ne soit en opposition avec la nature même de la séparation de corps[3], avec une disposition expresse ou implicite de la loi[4], ou avec les principes généraux du Droit[5].

[[1] *bis*. Il en résulte que la demande en séparation de corps ne contient pas virtuellement la demande en divorce, et que la transformation de celle-là en celle-ci n'est pas possible. Cpr. § 484, notes 15 et 16.]

[2] Zachariæ, § 490, texte et note 2.

[3] Cpr. art. 295 et 298 [anciens]; § 463, texte n° 5, et note 11 ; § 489.

[4] Cpr. art. 307 cbn. 234 à 266 et 274 [anciens], art. 307 cbn. 233.

[5] Par exemple, avec la maxime *Pœnalia non sunt extendenda*. Cpr. art. 299 et 300.

Cette règle d'interprétation, qui se fonde tout à la fois sur la lettre de la loi[6] et sur son esprit, tel qu'il se manifeste par la discussion au Conseil d'État[7], [trouvait] encore un nouvel appui dans la loi du 8 mai 1816, sur l'abolition du divorce[8].

[§ 484 (491[4]-493[4]).]

[*Des causes qui peuvent motiver une demande en séparation de corps. — De la preuve des faits qui lui servent de base. — Des personnes qui ont qualité pour former cette demande. — Des fins de non-recevoir qui peuvent lui être opposées. — De la procédure à suivre et des mesures provisoires auxquelles elle peut donner lieu*[1].]

[Les causes qui peuvent motiver une demande en séparation de corps sont les mêmes que celles qui peuvent motiver une demande en divorce. Tout ce qui a été dit au § 476 sur les faits qui sont de nature à être invoqués à l'appui d'une demande en divorce[2] et sur la preuve de

[6] Arg. *a pari*, art. 306 cbn. 229 à 232. Arg. *a contrario*, art. 307 cbn. 234 à 266 [anciens].

[7] Cpr. Locré, *Lég.*, V, p. 131 à 142.

[8] En ordonnant que les demandes et instances en divorce, pendantes au moment de la promulgation de la loi du 8 mai 1816, seraient converties en demandes et instances en séparation de corps, l'art. 2 de cette loi [avait] encore rapproché la séparation de corps du divorce.

[[1] Nous reproduisons ici les titres des §§ 491, 492, 493 de la 4e édition du *Cours de droit civil français*.]

[[2] Avant la loi du 6 juin 1908 (art. 310 nouveau) le juge saisi de la demande en conversion de la séparation de corps en divorce avait un pouvoir d'appréciation, d'ailleurs mal défini par la loi du 27 juillet 1884 (cpr. § 486, note 10) sur l'opportunité de cette conversion. En tout cas, sous le régime de la loi du 27 juillet 1884, la conversion n'était pas nécessairement due à l'époux séparé qui la demandait. Le juge saisi de la demande en séparation pouvait, dès lors, prononcer la séparation sans avoir à se préoccuper de l'éventualité de sa conversion en divorce, puisque cette conversion restait subordonnée au pouvoir discrétionnaire du juge ultérieurement saisi de la demande en conversion. Dans ces conditions, les effets propres de la séparation étant beaucoup moins graves que

ces faits[3], tout ce qui a été dit au § 477 sur les personnes qui ont qualité pour former une demande en divorce[4], et sur les fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à cette demande, s'appliquent également à la séparation de corps.

Les règles de procédure exposées au § 478 pour l'instance en divorce doivent être appliquées également à l'instance en séparation de corps, mais sous réserve des différences suivantes [5] :

1° Il n'est pas nécessaire que le demandeur en séparation présente en personne sa requête au président, comme l'art. 234 l'exige pour le divorce. Cod. proc. civ., art. 875.

2° Le juge n'a pas la faculté d'imposer au demandeur

ceux du divorce, il pouvait être amené à considérer comme une cause suffisante de séparation des sévices et injures, au besoin même des excès (cpr. § 476, note 18), qu'il aurait peut-être considérés comme insuffisants pour motiver le divorce, si le divorce lui avait été demandé. Ainsi s'était formée une jurisprudence qui tendait à distinguer entre le divorce et la séparation de corps, non pas quant à la détermination des causes qui les entraînent, et qui sont légalement les mêmes pour l'un et pour l'autre, mais quant à l'appréciation du degré de gravité de ceux de ces faits qui supposent l'appréciation du juge. Voy. not. Riom, 13 juin 1893, Sir., 1895, 2, 162 ; Cass., 8 janvier 1900, Sir., 1900, 1, 497. Cpr. *infrà*, notes 9 et 10. Planiol, I[6], n° 1299. — M. Planiol pense, et nous pensons avec lui, que cette jurisprudence est appelée à disparaître par l'effet du droit absolu à la conversion qu'a établi la loi du 6 juin 1908. Il résulte de là que les exemples de sévices et injures graves que fournissent les recueils de jurisprudence de 1884 à 1908, pour le cas de séparation de corps, ne sauraient être transposés qu'avec précaution à la matière du divorce. Cpr. note 12 *infrà*.]

[[3] L'art. 307, ne renvoyant qu'aux art. 236 à 244, paraît exclure l'application à la séparation de corps de l'art. 245, relatif à l'enquête en matière de divorce. Cpr. note 5 *infrà*. Mais l'omission du renvoi de l'art. 307 à l'art. 245, est le résultat d'une erreur purement matérielle de rédaction, et l'art. 245 s'applique à la séparation de corps. Dijon, 20 janvier 1897, Sir., 1897, 2, 61 ; Cass. (mêmes parties), 11 mars 1897, Sir., 1897, 1, 336.]

[[4] Réserve faite, bien entendu, de ce qui a été dit § 477, au sujet du tuteur de l'interdit judiciaire, art. 307, 2e alinéa.]

[[5] L'art. 307 dit bien que la demande en séparation de corps est intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile, et c'est évidemment là une formule qui nous éloignerait beaucoup, s'il fallait la prendre à la lettre, de la procédure

en séparation le sursis que l'art. 246 lui permet d'imposer au demandeur en divorce[6]

3° L'époux contre lequel la séparation est prononcée peut acquiescer au jugement[7].

4° Ni le délai d'appel, ni le délai de pourvoi en cassation ne suspendent l'exécution du jugement de séparation de corps[8]. Mais le pourvoi en cassation suspend cette exécution. Art. 248[9].

5° La séparation de corps est acquise aux conjoints par l'effet du jugement, et, sauf la réserve qui sera indiquée au § 485, à sa date, sans qu'aucune formalité analogue à la transcription en matière de divorce soit nécessaire.

Nous avons déjà indiqué, au § 477, notes 27 à 30, les règles relatives à la demande reconventionnelle en séparation de corps formée par l'époux défendeur à l'instance

du divorce, mais elle est immédiatement corrigée par la suite du texte, qui ajoute que les art. 236 à 244, c'est-à-dire les textes mêmes qui réglementent la procédure du divorce, sont applicables à la séparation de corps, et aussi par l'art. 308 qui étend également à la séparation de corps l'art. 247. La formule de la première partie de l'art. 307 est donc loin d'être exacte. Cela s'explique par les remaniements successifs de cette disposition. Voy. Planiol, I[6], n[os] 1305 et 1306. La rédaction de la première partie de l'art. 307 est de 1804, et déjà elle avait cessé d'être exacte en 1806, à cause des modifications que les art. 875 et suiv. du Code de procédure civile y avaient apportées. La seconde formule de l'art. 307, celle qui renvoie aux art. 236 à 244, émane du législateur de 1886, et le renvoi de l'art. 308 à l'art. 247 est de 1909. Le texte actuel de l'art. 307 demande donc à être lu avec précaution.]

[[6] Ni l'art. 307, ni l'art. 308, ne renvoient à l'art. 246. Lemaire, *op. cit.*, n° 31.]

[[7] Cass., 28 novembre 1887, Sir., 1890, 1, 113; Cass., 28 décembre 1891, Sir., 1892, 1, 120. L'art. 307 ne renvoie pas à l'art. 249. A plus forte raison l'époux contre lequel la séparation a été prononcée peut-il se désister de l'appel qu'il aurait interjeté. Bordeaux, 20 janvier 1899, Sir., 1899, 2, 144.]

[[8] Le caractère suspensif du délai d'appel et du délai de pourvoi résulte de l'art. 252, qui n'est évidemment pas applicable en matière de séparation de corps.]

[[9] Réserve faite, comme en matière de divorce (cpr. § 478, note 47) de ce qui concerne les mesures provisoires. Rennes, 30 juillet 1894, Sir., 1897, 2, 145.]

en divorce. L'époux défendeur à l'instance en séparation de corps peut pareillement former une demande reconventionnelle en séparation de corps, par voie de simples conclusions. Art. 239, cbn. art. 307. Cette demande reconventionnelle est possible, même en appel[10]. Mais la demande reconventionnelle en divorce, par voie de simples conclusions, n'est possible, ni en appel, ni même en première instance[11].

[[10] Poitiers, 2 février 1891, Sir., 1892, 2, 143; Cass., 27 juillet 1897, Sir., 1898, 1, 85. Cette solution ne va pas sans quelques difficultés, puisque c'est l'art. 248 qui autorise la demande reconventionnelle en divorce en appel, dans l'instance en divorce, et que l'art. 307 ne renvoie pas à l'art. 248. On a dit, sans doute, que la demande reconventionnelle en séparation de corps n'est en réalité qu'une défense à l'action principale en séparation de corps, et qu'à ce titre, elle peut être, de droit commun, formée en appel. Cod. proc. civile, art. 464. Cette argumentation, bien qu'elle ait pour elle l'autorité du rapporteur de la loi de 1886 au Sénat, ne nous paraît pas exacte. La demande reconventionnelle en séparation de corps n'est pas une défense à l'action principale en séparation de corps, puisque, à supposer qu'elle fût fondée, elle impliquerait purement et simplement des torts à la charge de l'époux demandeur principal, et que cela ne ferait pas disparaître ceux du défendeur à la demande principale, demandeur reconventionnel. Cpr. § 477, note 26. L'art. 464 est donc ici hors de cause. Si nous admettons, avec la jurisprudence, la possibilité de la demande reconventionnelle en séparation de corps, même en appel, dans l'instance principale en séparation de corps, c'est qu'il serait véritablement choquant que la demande reconventionnelle en séparation de corps fût possible en appel, dans l'instance principale en divorce (voy. § 477, note 30), et qu'elle ne le fût pas, en appel, dans l'instance principale en séparation de corps. Nous ne nous fondons ni sur l'art. 248, ni sur l'art. 464. — Voy. en sens contraire : Vraye et Gode, *Le divorce et la séparation de corps*, I, 424.]

[[11] Ce serait un moyen d'échapper aux exigences particulières de la procédure de conciliation en matière de divorce. Coulon, IV, 185. Baudry-Lacantinerie, III, n° 138. Dijon, 27 juillet 1887, Sir., 1888, 2, 17. Cpr. *infrà*. notes 15 et 16. Pour le cas où une demande reconventionnelle en divorce aurait été ainsi indûment formée, et où le tribunal aurait rendu un jugement ordonnant une enquête sur les torts allégués tant par l'époux demandeur reconventionnel en divorce que par l'époux demandeur principal en séparation de corps, ce jugement présenterait les caractères d'un jugement interlocutoire, et, par conséquent, l'interlocutoire ne liant pas le juge, le tribunal pourrait, par le jugement définitif, rejeter la demande

L'époux qui a formé une demande en divorce peut la transformer, en tout état de cause, même en appel[12] et par simples conclusions, en une demande en séparation de corps. A partir de la signification de ces conclusions, c'est la procédure applicable à la séparation de corps, en tant qu'elle diffère de celle du divorce, qui devra être suivie[13].

reconventionnelle en divorce sans violer l'autorité de la chose jugée. Cass., 12 juillet 1904, Sir., 1905. 1, 258.]

[[12] Cass., 5 juillet 1892. Sir., 1892, 1, 504. La cour de Cassation a d'ailleurs admis (8 janvier 1900, Sir., 1900, 1, 497), pour le cas où l'époux débouté en première instance de sa demande en divorce, demanderait en appel la séparation de corps, que les juges d'appel ne pourraient pas, pour rejeter la demande en séparation de corps, s'en référer à l'appréciation par les juges de première instance des griefs de cet époux, demandeur en divorce. Ils seraient tenus d'apprécier eux-mêmes de nouveau ces griefs, l'objet de la demande n'étant pas le même, et les faits allégués par l'époux demandeur pouvant être, à la fois, insuffisants pour justifier le divorce, et suffisants pour autoriser la séparation de corps. Cette jurisprudence paraît devoir être rattachée à la distinction des causes de divorce et des causes de séparation de corps, dont il a été question à la note 2 *suprà*. Elle ne paraît pas devoir survivre à la loi du 6 juin 1908. Cpr. Cass., 5 nov. 1902, Sir., 1903, 1, 66.]

[13] En tant qu'elle diffère de celle du divorce. Une difficulté pourrait s'élever dans le cas où le tribunal aurait rendu le jugement de sursis de l'art. 246, et où l'époux demandeur en divorce prétendrait, par une citation nouvelle lancée au cours du délai de sursis, transformer sa demande en divorce en une demande en séparation de corps, peut-être pour échapper à l'effet dilatoire du jugement de sursis, et s'assurer tout de suite les avantages de la séparation de corps, en tant qu'elle serait prononcée à son profit. M. Coulon, IV, 155, pense que cela serait possible. Cette manière de voir soulève de graves objections. Il nous paraît hors de doute que le demandeur ne pourrait pas transformer sa demande en divorce en une demande en séparation de corps, après l'expiration du délai de l'art. 246, et avant la prononciation du jugement de divorce, aucune conclusion nouvelle n'étant possible à ce moment, du chef de l'un quelconque des époux. Cpr. §. 478, note 24. Mais il nous semble qu'il en est de même pendant le cours du délai de l'art. 246. Le jugement de sursis est, à notre avis, un jugement définitif qui suppose que le divorce est dû, et qui a pour objet d'en ajourner seulement la prononciation. Cpr. § 478, note 19. Par conséquent, le juge qui l'a rendu doit être considéré comme dessaisi du litige, et cela est si vrai qu'aucune conclusion nouvelle n'est possible,

L'époux qui forme une demande en divorce ne pourrait, d'ailleurs, pas conclure subsidiairement à la séparation de corps[14].

La transformation inverse de la demande principale[15] en séparation de corps en une demande en divorce n'est pas possible[16]. Mais nous pensons que l'époux qui a

comme nous le rappelions tout à l'heure, à l'expiration du délai de sursis. Dès lors, nous ne voyons pas comment ce juge pourrait être saisi de nouveau, après le jugement de sursis, d'une demande en séparation de corps qui n'est qu'une transformation de la demande en divorce dont il est, par hypothèse, dessaisi. La transformation de la demande en divorce en une demande en séparation de corps nous paraît donc impossible, en première instance, à partir du jugement de sursis. Elle redeviendrait possible, en appel, pour le cas où l'époux contre qui le divorce aurait été prononcé après l'expiration du délai de sursis, ferait lui-même appel de la décision de première instance.]

[[14] Coulon, IV, 155. Dijon, 27 juillet 1887, Sir., 1888, 2, 17. Cette solution se comprend beaucoup mieux, dans le système de la loi du 6 juin 1908, que dans l'esprit de la jurisprudence antérieure au nouvel art. 310, telle qu'elle a été indiquée aux notes 2 et 12 *suprà*.]

[[15] On comprend qu'il y ait intérêt à interdire la transformation de la demande principale en séparation de corps en une demande principale en divorce, parce que la solution contraire fournirait aux époux un moyen commode de modifier complètement le caractère de la procédure de conciliation des art. 234 et suiv. Cpr. *suprà*, note 11. Peut-être la tentative de conciliation eût-elle abouti si les époux avaient entrevu, comme résultat de l'instance, la possibilité d'un divorce au lieu d'une séparation. Coulon, IV, 151. Comme cette argumentation ne saurait s'appliquer à la transformation en une demande reconventionnelle en divorce de la demande reconventionnelle en séparation de corps, formée par l'époux défendeur à une demande principale en divorce, nous admettrions, dans ce cas, la possibilité de la transformation. Cpr. Amiens, 14 avril 1897, Sir., 1898, 2, 65. Voy. en ce sens : Bordeaux, 11 février 1907, Sir., 1908, 2, 76. Cpr. § 487, note 8.]

[[16] La loi du 18 avril 1886, art. 6, autorise bien l'époux dont la demande en séparation de corps a été introduite avant la promulgation de la loi du 27 juillet 1884 à transformer, par voie de simples conclusions, cette demande en une demande en divorce. Mais c'est là une disposition transitoire qui ne saurait s'appliquer aux demandes en séparation de corps introduites après la période de transition pour laquelle cette disposition a été spécialement édictée. Cass., 22 février 1888, Sir., 1888, 1, 374 ; Cass., 6 nov. 1893, Sir., 1895, 1, 68 ; Dijon, 27 juillet 1887, Sir., 1888, 2, 17. La cour de Cas-

formé une demande en séparation de corps peut se désister de cette demande, dans les conditions du droit commun, et former ensuite, à raison des mêmes faits, une demande principale en divorce[17].]

§ [485 (494[a]).]

Des effets de la séparation de corps.

1° La séparation de corps dégage les époux de l'obligation de vivre l'un avec l'autre, et anéantit virtuellement toutes les conséquences de cette obligation. Ainsi la femme peut, après la séparation de corps, fixer son habitation et son domicile partout où elle le juge convenable[1], en emmenant avec elle les enfants dont la garde lui a été confiée[2]. Ainsi encore, les époux séparés de corps ne sont plus soumis à l'obligation civile de se prêter personnellement assistance[3], et la femme cesse d'être tenue, dans les hypothèses prévues par les art. 1448, 1537 et 1575, de contribuer aux frais d'un ménage qui n'existe plus.

sation en conclut, très justement selon nous, dans l'arrêt précité du 6 nov. 1893, que le juge de première instance saisi de la demande en séparation de corps, ne pouvant se trouver dessaisi de cette demande, par des conclusions, nécessairement irrégulières, à fin de transformation de la demande en séparation de corps en une demande en divorce, reste saisi de cette demande primitive en séparation de corps, et peut statuer sur elle, nonobstant l'appel interjeté sur le rejet des conclusions prises devant lui à fin de transformation.]

[[17] Riom, 13 juin 1893, Sir., 1895, 2, 162.]

[1] Cpr. § 143, texte n° 2, notes 5 et 6. Voy. cep. Toulouse, 29 juin 1864, Sir., 64, 2, 155.]

[2] Cpr. Massol, p. 195, nos 7 et 8; Demolombe, IV, 498. Angers, 6 mai 1841, Sir., 41, 1, 218; Req. rej., 28 février 1842, Sir., 42, 1, 210; Req. rej., 29 avril 1862, Sir., 62, 1, 945.

[3] Massol, p. 194, n° 6; Zachariæ, § 494, texte *in principio*. Cpr. Demolombe, IV, 502. Voy. en sens contraire : Demante, *Programme*, I, 282.

[4] Voy. § 126, texte et note 4. Aux autorités citees dans cette note, en faveur de l'opinion émise au texte, ajoutez encore : Valette, *Explication sommaire*, p. 374; Nancy, 15 mai 1868, Sir., 69, 2, 149; Poitiers, 22 avril 1869, Sir., 69, 2, 181.

D'un autre côté, l'art. 506, qui défère au mari la tutelle de sa femme interdite, cesse de recevoir application, lorsque les époux sont séparés de corps[4].

[La loi du 6 février 1893 a transformé la condition juridique de la femme séparée de corps, telle qu'elle résultait des dispositions du Code civil[4] *bis*. La séparation de corps libère la femme, qui l'a obtenue ou contre laquelle elle a été prononcée [4]*ter*, de la nécessité d'obtenir l'autorisation

[[4] *bis*. L'art. 449 disposait — et dispose encore — que la femme séparée de corps, comme la femme séparée de biens seulement, reprend la libre disposition de ses biens. Dans les deux cas, cette modification de la capacité de la femme s'explique par la dissolution de la communauté, plus généralement par la modification du régime matrimonial primitif. Cpr. § 516, texte, lettre *b* et § 539, texte 2°. La loi du 6 février 1893 ne modifie que la capacité civile de la femme séparée de corps. Mais il paraît essentiel de noter que le projet primitif, déposé au Sénat le 12 juin 1884, avait pour objet de modifier la capacité civile tant de la femme séparée de biens seulement que celle de la femme séparée de corps. Voy. *Journal officiel*, *Sénat*, *Doc. parlem.*, 1884, 259 et 567. De bons esprits pensent d'ailleurs que tôt ou tard la réforme de 1893 devra être étendue à la femme séparée de biens seulement. Bufnoir, *Annuaire de législation française*, publié par la *Société de législation comparée*, 1894, 57, Lyon-Caen, *Bulletin du Comité des travaux historiques*, *Section des Sciences économiques*, 1884, 53. *Société d'Études législatives*, 1912, 236. Quoi qu'il en soit de la législation de demain, la réforme projetée en 1884 portait, dans cet ordre d'idées, sur l'art. 1449 lui-même, et sur les deux situations qu'il vise. Il semble dès lors que l'extension qu'on entendait donner, en 1884, à la capacité civile de la femme séparée de corps ou de biens, se présentait comme un développement des dispositions déjà favorables de l'art. 1449, et devait donc être considérée, au même titre que l'art. 1449, comme une conséquence de la séparation de biens principale ou accessoire. Finalement, le projet de 1884, devenu la loi du 6 février 1893, n'a modifié que la capacité civile de la femme séparée de corps, et très certainement l'art. 1449 est abrogé en ce qui la concerne. Planiol, III[4], n° 1444. Mais il faut en conclure que l'extension que la loi du 6 février 1893 donne à la capacité civile de la femme séparée de corps présente le même caractère qu'eût présenté l'extension de la capacité civile de la femme séparée de biens seulement. Il y a là une conséquence de la séparation de biens qui accompagne la séparation de corps. La réforme restreinte a été faite dans le même esprit dans lequel eût été faite la réforme totale. Cpr. note 4 *sexiès infrà*.]

[[4] *ter*. *Lex non distinguit*. Cette distinction avait été proposée dans les travaux préparatoires de la loi du 6 février 1893 : elle avait même

de son mari ou de justice pour la validité des actes de sa vie civile qui supposent cette autorisation[4] *quater*.

Cette modification dans la capacité de la femme, si elle résulte du jugement de séparation de corps, ne produit

été sanctionnée d'abord par le Sénat. Elle fut rejetée sur un nouvel examen, conformément aux vues du Conseil d'État. Baudry-Lacantinerie, III, n° 321.]

[[4] *quater*. La loi du 6 février 1893 se sert d'une formule différente qui ne nous paraît pas heureuse. Le texte porte que la femme séparée de corps reprend le plein exercice de sa capacité civile, ce qui semblerait signifier qu'elle reprend le plein exercice de sa capacité civile, comme si elle n'était pas mariée. Cette interprétation serait certainement erronée. Ce qui le prouve, c'est que la séparation de corps laisse incontestablement subsister l'inaliénabilité dotale, dans le cas où la femme séparée de corps est une femme dotale. La formule de la loi du 6 février 1893 est donc inexacte. — Mais, ceci admis, les plus grandes difficultés s'élèvent sur le choix de celle qui doit lui être substituée. On se demande, par exemple, en matière de régime dotal, si la nécessité de l'autorisation du mari subsiste pour le cas où la femme dotale séparée de corps voudrait, comme elle le peut, avant la séparation de corps, avec cette autorisation, disposer de sa dot à l'effet d'établir les enfants communs. Art. 1556. Voy. sur cette question : Seine, motifs, sous Paris, 16 mai 1902, Sir., 1903, 2, 169. — On se demande encore, abstraction faite du régime dotal, si l'intervention du mari reste nécessaire, dans les conditions des art. 2144 et 2145, pour arriver à la réduction de l'hypothèque légale, ou si la femme peut librement consentir cette réduction. Si l'on admet, avec la cour de Paris (16 mai 1902, Sir., 1903, 2, 169), qu'elle peut en effet la consentir, faut-il aller jusqu'à lui permettre de donner mainlevée pure et simple, à fin de radiation, de son hypothèque légale, le tout impliquant renonciation entière et absolue à cette hypothèque, en dehors des cas où elle peut valablement y renoncer au profit d'un tiers déterminé? Cpr. § 264 *ter*, note 81. Ni le tribunal de Mayenne (14 novembre 1902, Sir., 1904, 2, 149), ni la cour de Bordeaux (13 juin 1910, Dall., 1912, 2, 129) ne l'ont pensé, et nous croyons qu'ils ont eu raison. Mais si l'on ne partage pas leur manière de voir et la nôtre, des questions nouvelles se posent, qui ne sont pas moins embarrassantes. Admettre la pleine faculté pour la femme de disposer de son hypothèque légale, comme si elle était, à tous égards, pleinement capable (réserve faite, bien entendu, du régime dotal), c'est l'assimiler à une femme divorcée ou veuve, et, dans ces conditions, il faut bien que le délai à fin d'inscription de son hypothèque légale (Loi du 23 mars 1855, art. 8) commence à courir contre elle, du jour de la séparation de corps, ou, plus exactement, du jour où sa capacité civile a été modifiée en conséquence de la séparation de corps. Cela ne suffit pas encore : si elle

cependant ses effets, à l'égard des tiers, qu'à une date postérieure, du jour où le jugement de séparation de corps

est pleinement capable, non seulement elle peut librement disposer de son hypothèque légale, avec toutes les conséquences que cela suppose, et dont on vient de noter seulement les principales, mais elle a l'entière disposition de toutes ses actions, quelles qu'elles soient, comme si elle était divorcée ou veuve, et la prescription de l'action en nullité de l'acte par elle consenti, avant la séparation de corps, sans l'autorisation du mari ou de justice, va courir contre elle. Cpr. § 472, note 124. — Tout cela nous paraît excessif et hors de proportion avec les besoins auxquels le législateur de 1893 a voulu donner satisfaction. Quelque obscurité que présentent les travaux préparatoires de la loi de 1893 (cpr. Thomas, *note* sous l'arrêt de Bordeaux, 13 juin 1910, précité), où les deux conceptions contraires de cette sorte d'émancipation de la femme séparée de corps paraissent bien avoir été opposées l'une à l'autre, mais sans qu'aucune conséquence pratique précise de l'une ou de l'autre ait été prévue et formulée, il nous semble, en définitive, que le législateur de 1893 a entendu simplement libérer la femme séparée de corps d'une autorité par elle impatiemment subie, parce qu'elle était blessante pour elle, et dont le maintien était de nature à prêter à des calculs intéressés de la part du mari (Bufnoir, *Annuaire de législation française*, 1894, 54). Il suffisait, — il suffit par conséquent, — pour atteindre ce but, de libérer la femme de l'obligation d'obtenir l'autorisation du mari ou de justice pour la validité des actes qui la supposent. Il était, — il est, par conséquent, — tout à fait inutile d'aller plus loin, et de la considérer, à raison de son état de femme séparée, comme capable de faire des actes dont l'autorisation du mari n'aurait pas suffi, avant la séparation de corps, à procurer la validité (renonciation absolue à son hypothèque légale, ou même réduction de cette hypothèque en dehors des conditions de l'art. 2144). Nous ne saurions donc approuver la doctrine de l'arrêt précité de la cour de Paris, du 16 mai 1902. — A plus forte raison nous paraît-il impossible de conclure de la capacité civile de la femme séparée de corps, à la possibilité du cours du délai de péremption de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, ou du cours de la prescription extinctive de l'action en nullité de l'art. 225, à partir de la séparation. L'application de la loi du 6 février 1893 nous paraît nécessairement supposer qu'il s'agit, pour la femme séparée de corps, de faire des actes juridiques, et il n'y a là rien de pareil. L'extension de la capacité civile de la femme séparée de corps en dehors des limites où nous croyons que la loi de 1893 l'a renfermée, soulèverait d'ailleurs de grandes difficultés d'application et présenterait de graves dangers pour la femme, en cas de réconciliation des époux (après la renonciation de la femme à son hypothèque légale, par exemple). C'est ce qu'a

est passé en force de chose jugée[4] *quinquiès*, et à supposer qu'il ait été publié conformément à l'art. 880 du Code de procédure civile[4] *sexiès*.

Le jugement qui prononce la séparation de corps peut interdire à la femme, à la requête du mari, demandeur ou même défendeur à la séparation de corps[4] *septiès*, de porter le nom du mari[4] *octiès*.

Si le jugement de séparation de corps ne contient rien à ce sujet, le mari peut, en tout cas[4] *noniès*, se pourvoir ultérieurement en justice à cet effet.

très bien vu le tribunal de Mayenne. — Pour nous, les seules questions réellement délicates que soulève l'application de la loi du 6 février 1893, se rencontrent dans les hypothèses du genre de celle de l'art. 1556, quand il s'agit pour la femme de faire un acte juridique de disposition, pour lequel l'autorisation du mari est requise dans un but et avec un caractère différents de ceux que suppose l'art. 217. Cpr. § 472, note 5.]

[[4] *quinquiès*. Grenoble, 25 nov. 1902, Sir., 1903, 2, 160. La cour de Grenoble fait justement remarquer qu'il n'y aurait aucune sécurité pour les tiers, si la capacité de la femme était modifiée par le jugement de séparation de corps, même pour la période d'attente pendant laquelle ce jugement est de nature à être réformé.]

[[4] *sexiès*. La séparation de biens qu'entraîne la séparation de corps ne se produit, à l'égard des tiers, que dans les conditions de l'art. 880 du Code de procédure civile. Cpr. note 19 *infrà*. Il serait tout à fait choquant que l'incapacité de la femme disparût pendant que le mari est encore, à l'égard des tiers, investi de ses pouvoirs de chef de la communauté. Sans doute, c'est à raison de la séparation de corps, et non pas à raison de la séparation de biens que la séparation de corps entraîne, que la loi du 6 février 1893 a fait disparaître l'incapacité de l'art. 217, puisque l'incapacité de la femme simplement séparée de biens, si elle est très atténuée par l'art. 1449, ne disparaît pas complètement. Il n'est cependant pas contestable que la suppression totale de l'incapacité de la femme séparée de corps se rattache, en un certain sens, à la séparation de biens elle-même qui résulte de la séparation de corps, et s'expliquerait difficilement sans cette séparation. Cpr. note 4 *bis suprà*. Comment donc pourrait-elle la précéder dans le temps?]

[[4] *septiès*. *Lex non distinguit*. Cpr. note 4 *deciès infrà*.]

[[4] *octiès*. Le texte ajoute : *ou l'autoriser à ne pas le porter*. Disposition bien inutile, puisque le nom du mari ne s'étend pas légalement à la femme, qui n'est donc pas tenue, avant la séparation de corps, de le porter. Planiol, I[6], n° 396.]

[[4] *noniès*. En tout cas, c'est-à-dire soit que la conduite de la femme

Réciproquement, le jugement de séparation de corps, ou bien un jugement postérieur, peut interdire au mari, à la requête de la femme, demanderesse ou même défenderesse à la séparation de corps[4] *deciès*, de joindre le nom de la femme au sien.

Dans tous les cas, l'infraction de l'un des époux à l'interdiction de faire usage du nom de l'autre donnerait lieu à des dommages-intérêts.]

Sauf ces [différentes] exceptions, la séparation de corps laisse subsister les droits et les devoirs qui sont une conséquence du mariage envisagé au point de vue des rapports personnels des époux.

Ces derniers sont donc toujours tenus à la fidélité conjugale, et la femme qui se rendrait coupable d'adultère encourrait la peine prononcée par l'art. 337 du Code pénal[5].

L'époux qui se trouve dans le besoin conserve aussi le droit de réclamer de l'autre des secours pécuniaires, quand même la séparation de corps aurait été prononcée contre lui[6]. L'obligation de fournir ces secours ne s'éteint pas

après la séparation la rende désormais indigne de porter le nom du mari, soit même que le mari ait négligé de formuler sa demande dans l'instance en séparation de corps, la conduite de la femme n'ayant donné lieu, depuis la séparation, à aucune critique nouvelle.]

[[4] *deciès. Lex non distinguit.* Cpr. note 4 *septiès suprà.*]

[5] Caen, 13 janvier 1842, Sir., 42, 2, 176.

[6] *Non obstat* art. 301. Cet article ne peut pas être étendu à la séparation de corps, en tant du moins qu'on voudrait l'invoquer pour refuser à l'époux, contre lequel la séparation de corps a été prononcée, le droit de demander une pension alimentaire à l'autre. Toullier, II, 780. Duranton, II, 633. Vazeille, II, 558. Massol, p. 194, n° 6. Demolombe, IV, 501. Marcadé, sur l'art. 311, n° 3. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 415. Allemand, II, 1450. Demante, *Cours*, II, 30. Zachariæ, § 494, texte et note 4. Req. rej., 8 mai 1810, Sir., 10, 1, 229. Req. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 380. Lyon, 16 mars et 16 juillet 1835, Sir., 36, 2, 239. Req. rej., 8 juillet 1850, Sir., 51, 1, 61. Civ. rej., 28 août 1864, Sir., 64, 1, 487. Cpr. Civ. cass., 2 avril 1861, Sir., 61, 1, 410 ; Rouen, 30 juillet 1862, Sir., 63, 2, 63. Ces arrêts ne sont pas précisément contraires à la proposition énoncée au texte. Tout en reconnaissant à l'époux qui a obtenu la séparation de corps le droit de réclamer de l'autre une pension alimentaire en vertu de

par la mort de l'époux débiteur; elle passe à ses héritiers, peu importe que la pension alimentaire ait été accordée en vertu de l'art. 212, ou par application de l'art. 301[7].

D'après les dispositions du Code Napoléon, la séparation de corps n'avait pas non plus pour effet d'affaiblir la présomption de paternité attachée au mariage, mais la force de cette présomption a été singulièrement amoindrie par la loi du 6 décembre 1850, qui la fait fléchir, entre époux séparés de corps, devant le simple désaveu du mari.

[Pareillement, sous le régime du Code civil,] lorsque la séparation de corps [était] prononcée pour cause d'adultère de la femme, cette dernière [devait] être condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à un emprisonnement de trois mois au moins et de deux ans au plus[9], à supposer, bien entendu, que le délit d'adultère ne se [trouvât] pas prescrit[10]. Le mari

l'art. 301, ils admettent cependant que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée est, de son côté, autorisé à demander, par application de l'art. 212, une pension alimentaire à son conjoint. Voy. sur les mesures que les tribunaux sont autorisés à prendre, pour assurer le service de la pension alimentaire accordée à l'un ou à l'autre des époux : Req. rej., 30 janvier 1828, Sir., 28, 1, 279 ; Civ. rej., 14 juin 1853, Sir., 53, 1, 609.

[7] Voy. § 553, texte n° 1, et note 10. Dutruc, Sir., 61, 1, 410, à la note. Voy. cep. Dijon, 17 août 1860, Sir., 60, 2, 560 ; Civ. cass., 2 avril 1861, Sir., 61, 1, 410 ; Rouen, 30 juillet 1862, Sir., 63, 2, 63 ; Grenoble, 11 juillet 1863, Sir., 64, 2, 14. D'après ces arrêts, la proposition énoncée au texte semblerait devoir être restreinte au cas où la pension alimentaire a été accordée en vertu de l'art. 301. [Cpr. Alger, 2 février 1886, Sir., 1886, 2, 177.]

[9] Si le ministère public avait omis de requérir la condamnation à cette peine en concluant sur la demande en séparation, ou si le tribunal saisi de cette demande avait omis de la prononcer dans le jugement par lequel il l'a admise, cette condamnation ne pourrait plus être requise devant ce tribunal, ni prononcée par lui. Demolombe, IV, 381. Zachariæ, § 494, texte et note 10. Rouen, 14 mai 1829, Sir., 31, 2, 76.

[10] Demolombe, IV, 409. Demante, *Cours*, II, p. 26. Rennes, 28 décembre 1825, Dev. et Car., *Coll. nouv.* VIII, 2, 167. Paris, 10 février 1845, *Pal.*, 1845, 1, 422. Besançon, 20 février 1860. Sir., 60, 2, 230. [Toulouse, 10 déc. 1874, Sir., 1875, 2, 136.] Cpr. cep. Massol, p. 190; Paris, 31 août 1841, Sir., 41, 2, 487; Paris, 24 mai 1854, Sir., 54, 2, 496.

[pouvait] empêcher ou faire cesser les effets de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme. Art. 308 et 309 cbn. Code pénal, art. 337. Si [c'était] la femme, au contraire, qui [avait] obtenu la séparation de corps pour cause d'adultère du mari, le tribunal civil qui [avait] admis sa demande n'était point autorisé à condamner ce dernier à la peine établie par l'art. 339 du Code pénal. Cette condamnation ne [pouvait] être prononcée que par le tribunal de police correctionnelle, et sur la plainte de la femme [11]. [Les art. 308 et 309 sont aujourd'hui abrogés (Loi du 27 juillet 1884).]

2° La séparation de corps ne porte, en général, aucune atteinte aux droits que la puissance paternelle confère à l'un ou à l'autre des époux sur la personne et les biens des enfants. C'est ainsi, en particulier, que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée n'en conserve pas moins tous ses droits à la jouissance légale des biens de ses enfants [12].

Toutefois, les tribunaux sont autorisés, au cas où la séparation de corps a été prononcée contre le père, à priver ce dernier de la garde des enfants, et à la confier, soit à la mère, soit à une tierce personne, si leur intérêt paraît exiger cette mesure et surtout si les fait révélés par la demande en séparation en ont démontré la nécessité [13].

[11] Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 3, n° 2. Massol, p. 190, n° 3. Demolombe, *loc. cit.* Zachariæ, § 494, texte et note 11.

[12] *Non obstat* art. 386; *Pœnalia non sunt extendenda.* Proudhon, *De l'usufruit*, I, 142. Duranton, II, 634. Duvergier, sur Toullier, I, 1064, note 2. Vazeille, II, 589. Valette, sur Proudhon, II, p. 260, note *a*. Marcadé, sur l'art. 311, n° 2, et sur les art. 386 et 387, n° 7 *in fine*. Massol, p. 334, n° 7. Demolombe, IV, 510. Zachariæ, § 494, texte et note 8; et § 549, note 33.

[13] Arg. art. 302. *Non obstant* art. 373 et 374; Cpr. art. 303. La règle posée au texte nous paraît d'autant moins sujette à difficulté, qu'elle n'est pas une reproduction exacte des dispositions de l'art. 302, dispositions qui ne sauraient, à raison des art. 373 et 374, être appliquées, d'une manière absolue, en matière de séparation de corps. Ainsi le père qui a obtenu la séparation de corps ne peut jamais, à notre avis, être privé de la garde de ses enfants; et le père contre

Le père auquel la garde des enfants a été enlevée n'est pas pour cela privé de son droit de surveillance sur leur éducation, et il peut, en vertu de ce droit, recourir à l'intervention de la justice, dans le cas où la mère ferait un usage abusif de la mission qui lui a été confiée [14]. Il conserve même, en principe, le droit d'émancipation, sans

lequel la séparation a été prononcée peut être maintenu dans cette garde, sans que le ministère public ou la famille le demande ; tandis que sous ces deux points de vue, l'art. 302 contient, pour le cas de divorce, des décisions contraires. Nous ajouterons qu'il a été reconnu par les meilleurs auteurs et par une jurisprudence constante, que l'art. 302 est susceptible d'extension au cas de séparation de corps. Le seul point qui ne soit pas encore bien fixé est celui de savoir si l'application de cet article doit, en pareil cas, avoir lieu d'une manière absolue, ou sous les restrictions que nous avons indiquées. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Education, § 1, n° 3 : Toullier, I, 777 ; Magnin, *Des minorités*, I, 192 ; Vazeille, II, 591 ; Duranton, II, 637 ; Marcadé, sur l'art. 311, n° 3 ; Massol, p. 319, n° 1 ; Demolombe, IV, 511 : Demante, *Cours*, II, 31 ; Zachariæ, § 694, texte et note 9 ; Montpellier, 1er prairial an XIII, Sir., 6, 2, 7 ; Caen, 19 juin 1807, Sir., 7, 2, 177 ; Bruxelles, 28 mars 1810 ; Caen, 4 août 1810, et Paris, 12 juillet 1808, Sir., 10, 2, 362, 485 et 488 ; Req. rej., 28 juin 1815, Sir., 15, 1, 380 ; Req. rej., 24 mai 1821, Sir., 21, 1, 333 ; Paris, 11 décembre 1821, Sir., 22, 2, 161. Rennes, 21 février 1826, Sir., 28, 2, 167. Bordeaux, 9 juin 1832, Sir., 33, 2, 446. Montpellier, 4 février 1835, Sir., 35, 2, 288 ; Req. rej., 30 mars 1859, Sir., 59, 1, 661. Req. rej., 29 avril 1862, Sir., 62, 1, 945. [La jurisprudence contemporaine paraît écarter les restrictions qu'apportaient MM. Aubry et Rau, dans leur 4e édition, à l'extension de l'art. 302 à la séparation de corps. Voy. en particulier : Cass., 3 février 1880, Sir., 1880, 1, 468. Cpr. Cass., 23 février 1881, Sir., 1881, 1, 309 ; Cass., 1er août 1883, Sir., 1884, 1, 116 ; Cass., 16 juillet 1888, Sir., 1890, 1, 317. Elle assimile absolument la séparation de corps au divorce quant aux mesures à prendre à l'égard des enfants. Cela est rigoureusement légal et s'impose, en tant qu'il s'agit des mesures provisoires à prendre à leur égard pendant la durée de l'instance en séparation de corps : l'art. 307 renvoie en effet expressément à l'art. 240. Mais en tant qu'il s'agit des mesures à prendre à leur égard pour le temps qui suivra la séparation prononcée, l'art. 240 est hors de cause, et l'art. 307 ne renvoie pas à l'art. 302. Les restrictions qu'indiquent MM. Aubry et Rau se comprendraient par conséquent encore, sous l'empire des textes nouveaux, mais la jurisprudence paraît de plus en plus les écarter. Planiol, I6, n° 1331, E. B.]

[14] Req. rej., 9 juin 1857, Sir., 57, 1, 590. Req. rej., 30 mars 1859, Sir., 59, 1, 661. Cpr. Req. rej., 29 juin 1868, Sir., 68, 1, 401.

cependant pouvoir, au moyen de l'exercice de ce droit, paralyser, quant à lui-même ou quant aux enfants, l'exécution et les effets des mesures ordonnées par les tribunaux, dans l'intérêt de l'éducation de ces derniers [15].

Quelles que soient d'ailleurs les décisions rendues au sujet de la garde et de l'éducation des enfants, elles sont toujours susceptibles d'être rapportées ou modifiées à raison de circonstances nouvelles [16]. A plus forte raison, les tribunaux peuvent-ils, en prescrivant telle ou telle mesure, qu'ils estiment utile pour le moment, se réserver de statuer à nouveau, lorsque les enfants auront atteint un certain âge [17].

[Les mesures, quelles qu'elles soient, prises à l'égard des enfants en conséquence de la séparation de corps, prennent fin de plein droit, si le mariage vient à se dissoudre par le décès de l'un quelconque des conjoints [17] *bis*.]

3° La séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens. Art. 311. Elle dissout donc la communauté conjugale, et si les époux sont mariés sous un autre régime que celui de la communauté, elle emporte, pour le mari, l'obligation de restituer à la femme ceux de ses biens dont il avait la jouissance et l'administration. Art. 1441, n° 5, 1531 et 1563.

La séparation de biens qui résulte de la séparation de corps remonte, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, au jour même de la demande [[17] *ter*], comme

[15] Paris, 5 juillet 1853, Sir., 53, 2, 454. Tribunal de la Seine, 6 mars 1862, Sir., 62, 2, 394. Req. rej., 4 avril 1865, Sir., 67, 1, 257. Rouen, 12 juin 1866, Sir., 67, 2, 47. [Douai, 25 mars 1895, Sir., 1897, 2, 73. Cpr. § 481, note 8.]

[16] Paris, 5 juillet 1853, Sir., 53, 2, 454. Req. rej., 9 juin 1857, Sir., 57, 1, 590. Req. rej., 22 janvier 1867, Sir., 67, 1, 212. Cpr. Req. rej., 19 février 1861, Sir., 62, 1, 127. [Cass., 1er août 1883, Sir., 1884, 1, 116; Cass., 25 août 1884, Sir., 1884, 1, 424; Orléans, 8 janvier 1885, Sir., 1885, 2, 45.]

[17] Req. rej., 18 mars 1868, Sir., 68, 1, 209.

[[17] *bis*. Cpr. § 481, note 10. Ces mesures ont pour objet de régler le conflit qui s'élevait entre les époux quant aux enfants. Ce conflit est éteint par le décès. Baudry-Lacantinerie, III, n° 319. Cass., 13 août 1884, Sir., 1885, 1, 80; Poitiers, 21 juillet 1890, Dall., 1891, 2, 73.]

[[17] *ter*. Au jour de la demande en séparation de corps à laquelle

cela a lieu lorsque la séparation de biens est prononcée par suite d'une action principale, introduite à cet effet[18].

fait droit le jugement de séparation. Par conséquent, si la séparation de corps est prononcée au profit, non pas de l'époux qui l'a demandée principalement, mais au profit de l'autre qui l'a demandée reconventionnellement, les effets de la séparation de biens ne remonteront, entre les époux, qu'au jour de la demande reconventionnelle. Paris, 12 juillet 1892, Sir., 1894, 2, 10. La séparation de biens est l'accessoire de la séparation de corps, et c'est à la demande reconventionnelle seule que le jugement de séparation de corps donne satifaction.]

[18] Arg. art. 1445, al. 2. L'argument d'analogie que fournit la disposition de cet article est parfaitement concluant, en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, puisque, d'une part, cette disposition, qui n'est, à ce point de vue, qu'une conséquence de la formation du contrat judiciaire, ne présente de sa nature rien d'exceptionnel, et que, d'autre part, les effets de ce contrat s'étendent virtuellement à tout ce que doit être une suite nécessaire de la demande. Il y a mieux, la vie commune, en vue de laquelle les époux avaient réglé leur régime matrimonial, pouvant légalement cesser, dès avant même l'introduction de la demande en séparation de corps, par l'usage de la faculté que leur accorde l'art. 878 du Code de procédure, on comprendrait difficilement que ce régime restât en vigueur durant l'instance. Dans l'état d'hostilité où la demande en séparation de corps place les époux l'un à l'égard de l'autre, le système contraire pourrait entraîner les plus graves inconvénients. Nous ferons d'ailleurs remarquer que, d'ordinaire, le demandeur en séparation de corps conclut accessoirement, et par voie de conséquence, à la séparation de biens, et si, en pareil cas, il ne paraît guère possible de refuser effet rétroactif, en ce qui concerne les droits respectifs des parties, au jugement qui prononcera tout à la fois la séparation de corps et la séparation de biens, nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement dans l'hypothèse où le demandeur se serait borné à provoquer la séparation de corps, puisque l'action ainsi formée implique nécessairement demande en séparation de biens. Voy. en ce sens : Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 4; Toullier et Duvergier, I, 776; Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 192; Massol, p. 203, n° 13; Taulier, V, p. 129; Troplong, *Du contrat de mariage*, II, 1386 à 1388; Dutruc, *De la séparation de biens*, n° 283; Bruxelles, 28 mars 1810, Sir., 10, 2, 362; Limoges, 17 juin 1835, Sir., 36, 3, 61; Req. rej., 20 mars 1855, Sir., 55, 1, 401; Req. rej., 13 mars 1862, Sir., 62, 1, 885; Paris, 25 avril 1863, et Besançon, 15 février 1864, Sir., 64, 2, 132 et 133; Civ. cass., 12 mai 1869, Sir., 69, 1, 301; Dijon, 3 décembre 1869, Sir., 70, 2, 17. Cpr. aussi : Rennes, 3 juillet 1841, Sir., 41, 2, 548. Voy. en sens contraire : Delvincourt, III, p. 42 et 43; Valette, sur Proudhon, I, p. 541, note *a*;

Quant aux tiers, la séparation de biens dont s'agit ne peut leur être opposée qu'à partir de la publication et de l'affiche du jugement qui a prononcé la séparation de corps, peu importe que leurs droits soient antérieurs ou postérieurs à ce jugement[19].

La femme contre laquelle la séparation de corps a été prononcée ne peut, au cas de veuvage, prétendre à aucune pension soit militaire, soit civile[29].

Enfin, la séparation de corps fait perdre à l'époux contre lequel elle a été prononcée la jouissance des droits d'auteur, accordée par la loi au conjoint survivant[30].

4° [Avant la loi du 9 mars 1891,] les deux époux [conservaient] respectivement, malgré la séparation de corps, le droit de succession que l'art. 767 établit, au profit du conjoint survivant, sur l'hérédité de l'autre[31]. [Mais, aux termes du nouvel art. 767, le conjoint contre lequel il existe, au jour du décès de l'autre[31] *bis*, un jugement de

Duranton, II, 622; Marcadé, sur l'art. 311, n° 4; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, III, 2179; Demolombe, IV, 514; Coin-Delisle, *Revue critique*, 1856, VIII, p. 18 à 31 : Zachariæ, § 515, texte et note 4.

[19] Duranton, II, 611. Demolombe, IV, 494. Zachariæ, § 493, note 2. Req. rej., 14 mars 1837, Sir., 37, 1, 318. Civ. cass., 12 mai 1869, Sir., 69, 1, 301. Limoges, 21 décembre 1869, Sir., 70, 1, 17. [Lyon, 16 juillet 1881, Sir., 1882, 2, 237.] Voy. en sens contraire : Paris, 18 juin 1856, Sir., 56, 2, 169; Paris, 27 décembre 1860, Sir., 61, 2, 263; Besançon, 15 février 1864, Sir., 64, 2, 132 et 133.

[29] Loi du 11 avril 1831, sur les pensions de l'armée de terre, art. 20. Loi du 18 avril 1831, sur les pensions de l'armée de mer, art. 20. Loi du 9 juin 1853, sur les pensions civiles, art. 13, al. 3.

[30] Loi du 14 juillet 1866, sur les droits des héritiers et les ayants cause des auteurs, art. 1, al. 4.

[31] L'opinion contraire avait d'abord prévalu au Conseil d'État, et l'art. 767 avait été renvoyé à la section de législation pour être rédigé dans le sens de cette opinion. Toutefois, la nouvelle rédaction, telle qu'elle [avait] passé dans le Code, ne [privait] pas du droit de succession les époux simplement séparés de corps, et ce silence ne [pouvait] s'expliquer qu'en admettant que le Conseil d'État [était] revenu sur sa manière de voir. Quoi qu'il en soit, il ne [pouvait] être [question] de suppléer une déchéance qui ne se trouve pas dans la loi. Voy. Locré, *Lég.*, X, p. 99, art. 54, n° 2, p. 148 et 149, art. 50, Maleville, II, p. 246. Delvincourt, II, p. 68. Chabot, *Des successions*, sur l'art. 767, n° 4. Duranton, II, 636, et VI, 343. Massol, p. 313, n° 54. Demolombe, IV, 519. Zachariæ, § 494, texte et note 5. Cpr. Vazeille, II, 589.

séparation de corps passé en force de chose jugée, n'est plus appelé à la succession de celui-ci. Le conjoint au profit duquel la séparation de corps aurait été prononcée viendrait d'ailleurs, dans l'hypothèse inverse, à la succession de son conjoint, dans les conditions du droit commun.]

D'un autre côté, nous persistons à penser, malgré la jurisprudence qui paraît être définitivement fixée en sens contraire, que la séparation de corps n'entraîne pas, comme le divorce, la révocation de plein droit des dispositions entre vifs que l'époux au profit duquel elle a été prononcée peut avoir faites en faveur de son conjoint, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, sauf à cet époux à provoquer, s'il s'y croit fondé, la révocation, pour cause d'ingratitude, de celles de ces dispositions qui ne sont pas révocables *ad nutum*[32].

[[31] *bis*. Si le décès du conjoint au profit de qui la séparation de corps a été prononcée se produisait après le jugement de séparation, mais avant que ce jugement ne fût passé en force de chose jugée, le conjoint survivant viendrait, à notre avis, à la succession du conjoint prédécédé. Le nouvel art. 767 établit une déchéance, puisque la perte du droit de succession n'est pas réciproque, comme dans le cas de divorce, et les conditions auxquelles cette déchéance est subordonnée ne sont pas remplies tant que le jugement de séparation de corps n'est pas passé en force de chose jugée. D'autre part, l'aptitude à succéder s'apprécie au jour de l'ouverture de la succession (cpr. § 593), et c'est bien d'un droit de succession qu'il s'agit ici. Voy. sur ce dernier point : Lyon, 16 juillet 1896, Sir., 1897, 2, 36.]

[32] Peu de questions ont été aussi controversées que celle de savoir si les dispositions de l'art. 299 sont ou non applicables à la séparation de corps, et si, par conséquent, les donations faites au profit de l'époux contre lequel cette séparation a été admise sont ou non révoquées, de plein droit, par suite du jugement qui l'a prononcée. A notre avis, la difficulté provient, en grande partie, de ce que l'on ne s'est pas assez pénétré de l'idée que l'office du juge n'est pas de corriger la loi, mais de l'appliquer, quelque défectueuse qu'elle puisse être. Nous apprécions toute la force des motifs que l'on pourrait faire valoir en faveur de la révocation, s'il était question de discuter, devant une assemblée législative, les effets que doit produire la séparation de corps. Encore ces motifs se trouveraient-ils balancés par des raisons non moins puissantes, tirées, soit de la connexité qui existe entre l'indissolubilité du lien conjugal

En tout cas, et voulût-on, contre notre manière de voir, admettre, avec la jurisprudence, l'extension de l'art. 299

et l'irrévocabilité des donations faites en faveur du mariage, soit de la nécessité de favoriser, autant qu'il est possible, la réconciliation des époux. Mais tel n'est pas l'objet de la discussion, qui doit se restreindre dans l'interprétation et l'application de la législation existante. Or, à cet égard, nous ferons remarquer, en premier lieu, qu'il n'est pas permis de conclure de la parité des causes de divorce et des causes de séparation de corps à l'identité des effets de l'un et de l'autre, et cela, par la raison décisive que le divorce dissout le mariage, tandis que la séparation de corps en relâche seulement le lien. Aussi est-il généralement reconnu que les rédacteurs du Code n'ont pu avoir l'intention d'étendre à la séparation de corps, toutes les dispositions contenues au titre *Du divorce*, dans le chapitre qui traite *Des effets du divorce*. Nous allons plus loin, et nous soutenons qu'ils n'ont pas même regardé comme étant, de plein droit, applicables en matière de séparation de corps, celles de ces dispositions qui n'ont d'ailleurs rien d'incompatible avec la nature de cette séparation, puisqu'ils ont jugé nécessaire de reproduire, dans l'art. 308, la pénalité de l'art. 298, ce qui, dans la supposition contraire, eût été complètement inutile. D'ailleurs, la combinaison des art. 1518, 386 et 767 [ancien] démontre que si, comme le divorce, la séparation de corps entraîne, pour l'époux contre lequel elle a été prononcée, la perte du préciput de communauté, elle ne le prive cependant pas, à l'instar du divorce, de l'usufruit légal, et [elle ne le privait pas, avant la loi du 9 mars 1891], du droit de succession établi au profit du conjoint survivant. Cpr. notes 12 et 31 *suprà*. Mais par cela même que le législateur n'a assimilé que dans le premier cas, et non dans les deux autres, la séparation de corps au divorce, il a clairement manifesté l'intention de repousser, en thèse générale, toute assimilation entre l'époux defendeur en séparation et l'époux défendeur en divorce, en ce qui concerne la perte des avantages pécuniaires dont ce dernier se trouve frappé. En second lieu, nous maintenons que, cette assimilation eût-elle été dans la pensée du législateur, le juge devrait cependant la rejeter au cas qui nous occupe, conformément à la règle *Pœnalia non sunt extendenda*. En effet, en prononçant la révocation des avantages stipulés au profit de l'époux contre lequel le divorce a été admis, tout en maintenant les avantages faits en faveur de l'époux qui l'a obtenu, le législateur a établi contre le premier une peine d'autant plus grave qu'elle est contraire à la condition de réciprocité, sur laquelle reposent presque toujours les conventions matrimoniales. Du reste, l'argument que les partisans de l'opinion contraire ont voulu puiser dans l'art. 310 nous paraît absolument sans valeur, car nous ne pensons pas qu'on puisse sérieusement prétendre que l'époux

à la séparation de corps, du moins devrait-on reconnaître que la révocation prononcée par cet article ne saurait por-

contre lequel la séparation de corps aurait été prononcée, et qui aurait ensuite demandé le divorce en vertu de l'art. 310, eût été admis à invoquer les dispositions de l'art. 299. L'opinion que nous venons de développer avait été consacrée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation, dont le dernier est en date du 21 novembre 1843. Mais, en 1845, la Cour suprême, appelée à statuer sur la question, chambres réunies, abandonna la jurisprudence dans laquelle elle avait persévéré jusqu'alors, et se prononça pour l'extension de l'art. 299 à la séparation de corps. Cette dernière opinion a depuis lors été adoptée par la plupart des cours d'appel et par la grande majorité des auteurs. Malgré ces imposantes autorités, nous croyons devoir persister dans notre manière de voir. Les considérations tirées de l'ancienne jurisprudence, que la Cour de cassation invoque à l'appui de son système, nous paraissent manquer de solidité. Il est constant que si, autrefois, l'époux au profit duquel la séparation de corps était prononcée pouvait demander la révocation des donations par lui faites à son conjoint, cette révocation n'avait jamais lieu de plein droit. L'art. 299 ne s'est donc pas borné à appliquer au divorce les principes admis par l'ancienne jurisprudence en matière de séparation de corps; il a, par une disposition nouvelle, décrété une déchéance légale, attachée de plein droit à la prononciation du divorce; et la question est toujours de savoir si cette disposition nouvelle est susceptible d'être étendue à la séparation de corps. Tout ce qu'il est permis d'inférer des précédents historiques, c'est que l'époux qui a provoqué la séparation de corps doit pouvoir encore aujourd'hui, comme il le pouvait anciennement, demander, pour cause d'ingratitude, la révocation des donations qu'il a faites à son conjoint, et c'est ce que nous admettons nous-mêmes. Voy. § 708, texte et note 10. Quant à l'argument tiré de l'art. 1518, il est complètement fautif, puisque, comme nous l'avons établi à la note 26 *suprà*, on ne saurait voir dans la disposition de cet article, qui prive implicitement l'époux défendeur en séparation de corps de son droit éventuel au préciput de communauté, une déchéance fondée sur l'ingratitude de cet époux. Voy. dans le sens de l'opinion émise au texte : Merlin, *Rép.*, v° Séparation de corps, § 4, n° 5; et *Quest.*, *eod.* v°, § 1, n° 2; Grenier, *Des donations*, II, p. 405; Toullier, II, 781; Duranton, II, 629; Favard, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 3, n° 8; Poujol, sur l'art. 959, n° 8; Coin-Delisle, sur le même article, n°s 4 et 9; Du Caurroy, Bonnier et Roustain, I, 415; Zachariæ, § 494, texte et note 6. Civ. rej., 13 juillet 1813, Sir., 15, 1, 115; Civ. cass., 17 juin 1822, Sir., 22, 1, 359; Civ. cass., 19 août 1823, Sir., 24, 1, 30; Agen, 28 avril 1824, Sir., 24, 2, 356; Civ. cass., 13 février 1826, Sir., 26, 1, 265; Douai, 15 janvier 1828, Sir., 28, 2,

ter aucune atteinte aux droits que des tiers auraient acquis sur les biens donnés antérieurement à la demande en séparation[33].

A plus forte raison, la séparation de corps n'entraîne-t-elle pas, *ipso facto*, d'après notre opinion, la révocation des dispositions testamentaires, faites au profit de l'époux contre lequel elle a été prononcée, par celui qui l'a obtenue. Mais la solution contraire devrait être admise

140; Civ., cass., 30 mars 1836, Sir., 36, 1, 728; Caen, 9 décembre 1836, Sir., 37, 2, 164; Rouen, 28 janvier 1837, Sir., 37, 2, 166; Riom, 19 août 1839, Sir., 40, 2. 59; Civ. cass., 21 décembre 1842, Sir., 43, 1, 728; Civ. cass., 21 novembre 1843, Sir., 44, 1, 235; Riom, 4 décembre 1843, Sir., 44, 2, 78; Douai, 10 mai 1847, Sir., 48, 2, 194. Voy. en sens contraire : Proudhon, I, p. 543 et suiv.; Delvincourt, I, p. 197; Pigeau, II, p. 571; Pont, *Revue de Droit français et étranger*, 1834, I, p. 339, et *Revue de législation*, 1845, III, p. 90. Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, III, 1554; Vazeille, II, 589; Massol, p. 297 et suiv., n° 52; Marcadé sur l'art. 311, n° 1 et 2; Taulier, I, p. 369 et suiv., Demolombe, IV, 521 et suiv.; Troplong, *Des donations*, III, 1348 à 1360; Rennes, 21 mai 1808, Sir., 8, 2, 299; Caen, 22 avril 1812, Sir., 13, 2, 69; Angers, 22 mars 1820, 2, 246; Colmar, 26 juin 1817, Sir., 21, 2, 325; Agen, 1er mai 1821, Sir., 21, 2, 326; Paris, 8 mars 1823, Sir., 23, 2, 234; Rouen, 25 juillet 1829, Sir., 31, 2, 72; Bordeaux, 31 mai 1838, Sir., 39, 2, 14; Rouen, 15 novembre 1838, Sir., 39, 2, 15; Chamb. réun. cass., 23 mars 1845, Sir., 45, 1, 321; Caen, 1er juillet 1845, Sir., 45, 2, 551; Civ. rej., 17 juin 1845, Sir., 46, 1, 52; Civ. cass., 28 avril 1846, Sir., 46, 1, 383; Paris, 5 février 1847, Sir., 47 2, 91; Colmar, 15 juillet 1846, Sir., 47, 2, 196; Riom, 5 novembre 1846, Sir., 48, 2, 199; Civ. cass., 25 avril 1849, Sir., 49, 1, 505; Civ. cass., 18 juin 1849, Sir., 50, 1, 225; Paris, 8 août 1853, Sir., 53, 2, 495; Paris, 20 août 1862, Sir., 62, 2, 443. [La jurisprudence s'est de plus en plus fermement prononcée en sens contraire de l'opinion de MM. Aubry et Rau. Voy. Cass., 29 janvier 1872, Sir., 1872, 2, 75; Chambéry, 4 mai 1872, Sir., 1873, 2, 217; Caen, 15 avril 1885, Sir., 1887, 2, 193; Rennes, 23 décembre 1892. Sir., 1893, 2, 80; Cass., 27 décembre 1893, Sir., 1894, 1, 119.]

[33] La révocation, qui ne s'opère pas, en pareil cas, *ex causâ antiqua*, mais par suite d'événements postérieurs à la donation, que les tiers n'ont pu ni dû prévoir, ne saurait rétroagir au détriment de ces derniers. Arg. art. 958. Mimerel, *Revue critique*, 1854, V, p. 527 à 529. Boulanger, Sir., 66, 1, 9, à la note. Gabriel Demante, *Revue critique*, 1866, XXIX, p. 385. Civ. rej., 30 août 1865, Sir., 66, 1, 9. Voy. en sens contraire : Marcadé, *Revue critique*, 1854, IV, p. 509, n° 5, ; Pau, 8 août 1853, Sir., 53, 2, 495.

d'après le système qui prévaut aujourd'hui dans la jurisprudence[34].

Enfin, la séparation de corps ne fait pas cesser l'application de l'art. 2253, aux termes duquel la prescription est suspendue entre époux[35].

[§ 486.]

[*De la conversion de la séparation de corps en divorce.*]

[La séparation de corps peut être convertie en divorce, sur la demande de l'un quelconque des époux[1].

Il faut, pour cela, qu'au jour de la demande[2] trois

[34] Voy. § 724, texte *in fine.*

[35] Voy. § 214, texte A, n° 3, note 19.

[[1] Sous le régime du Code civil, le droit de demander la conversion n'appartenait qu'à l'époux défendeur à la demande originaire en séparation. Cette solution se rattachait à l'idée d'après laquelle la séparation de corps était destinée à remplacer, pour l'époux demandeur en séparation, le divorce que ses croyances religieuses ne lui permettaient pas de demander. L'époux demandeur pouvait ainsi imposer la séparation à l'autre (à moins, bien entendu, que celui-ci ne pût demander contre lui le divorce). Mais il ne parut pas juste aux rédacteurs du Code civil que cette faculté pour l'époux demandeur d'imposer la séparation à l'autre allât jusqu'à lui permettre de l'imposer indéfiniment. Beudant, II, n° 458. Cpr. § 475, note 1 et § 483. Il résultait de là : 1° que le demandeur originaire en séparation ne pouvait pas demander la conversion : il avait épuisé son droit en demandant la séparation. Le défendeur seul pouvait agir. Toutefois, le Code civil admettait une exception pour le cas où la séparation avait été prononcée pour cause d'adultère de la femme : le droit de demander la conversion lui était refusé; 2° que le demandeur originaire en séparation, défendeur à la conversion, pouvait arrêter la demande en conversion en offrant à son conjoint de reprendre la vie commune. — Cette conception de la conversion de la séparation de corps en divorce a disparu lors du rétablissement du divorce en 1884. Cpr. la note 10 *infrà.* La première des deux conséquences qu'elle entraînait a disparu également : la demande en conversion peut être formée par l'un quelconque des conjoints. Il n'est pas douteux que la seconde a pareillement disparu.]

[[2] Cass., 28 novembre 1887, Sir., 1890, 1, 113; Seine, 16 août 1884, Sir., 1885, 2, 20; Versailles, 28 août 1884, Sir., 1885, 2, 20.]

années se soient écoulées depuis que le jugement ou l'arrêt prononçant la séparation de corps est devenu définitif[3]. La capacité requise pour former la demande en conversion est la même que celle qui est exigée pour introduire une demande directe en divorce[4]. Le tribunal compétent pour statuer sur cette demande est celui de l'époux défendeur à la conversion[5].

La procédure débute par la présentation[6] d'une requête au président, pour obtenir de lui l'autorisation d'assigner. Le président, en réponse à la requête, autorise l'assignation, nomme un juge rapporteur, ordonne la communication au ministère public, et fixe le jour de la comparution des parties[7].

La demande reconventionnelle en conversion peut être formée par le défendeur par voie de simples conclusions

[[3] Cass., 28 novembre 1887, Sir., 1890, 1, 113 ; Douai, 22 avril 1891 Sir., 1891, 2, 245; Angers, 13 mars 1899, Sir., 1899, 2, 104. Coulon, III, 501. Baudry-Lacantinerie, III, n° 329. Planiol, I[6], n° 1353. Voy. en sens contraire : Bourges, 3 novembre 1890, Sir., 1891, 2, 245. La solution que nous donnons au texte est la solution expresse de l'art. 6 de la loi du 18 avril 1886 pour les jugements de séparation de corps antérieurs à la promulgation de ladite loi. Bien que cette disposition soit une disposition transitoire, elle nous paraît, en elle-même, trop conforme aux principes généraux pour ne pas la généraliser. Cpr. § 484, note 16. — Voy. pour les applications : en matière de défaut, Paris, 12 août 1885, Sir., 1887, 2, 135, en matière d'acquiescement, Cass., 28 décembre 1891, Sir., 1892, 1, 120.]

[[4] Baudry-Lacantinerie, III, n° 330. Cpr. § 477, note 4 *ter*. Paris, 25 mars 1890, Sir., 1890, 2, 107.]

[[5] Baudry-Lacantinerie, III, n° 331. Trib. Versailles, 27 août 1884, Sir., 1885, 2, 20; Orléans, 4 mars 1885, Sir., 1885, 2, 65. Voy. en sens contraire : Tr. Blois, 20 août 1884. *Gaz. des Trib.* du 7 septembre 1884; Seine, 20 mai 1885. *Le Droit* du 7 juin.]

[[6] La disposition de l'art. 234 n'ayant pas été reproduite par l'art. 310, il n'est pas nécessaire que le demandeur en conversion présente en personne sa requête au président. Cass., 12 décembre 1887; *Gaz. des Trib.* du 13 décembre 1887 ; Nancy, 13 décembre 1884, Sir., 1885, 2, 17. Massigli, *Revue Critique*, 1886, 223. Voy. en sens contraire : Tr. de Sens, 5 décembre 1884, Sir., 1885, 2, 46.]

[[7] Cette procédure, déjà beaucoup plus simple que celle du divorce, pourrait être simplifiée sans inconvénients, depuis que la loi du 6 juin 1908 a restreint le rôle et les pouvoirs du juge en matière de conversion. Cpr. note 10 *infrà*.]

et même en appel[8]. Mais la demande reconventionnelle en divorce, même pour des faits antérieurs à la séparation de corps, ne pourrait pas être formée par lui par voie de simples conclusions[9].

L'affaire est débattue en chambre du conseil : le jugement est rendu en audience publique.

Le juge est tenu de prononcer la conversion[10], sauf le cas de réconciliation ou de mort de l'un des époux. Il

[[8] Arg. art. 248. Aix, 22 avril 1885, Sir., 1886, 2, 179.]

[[9] Baudry-Lacantinerie, III, n° 340. Cpr. § 484, note 11. Voy. cependant, pour un cas particulier : Cass., 9 février 1887, Sir., 1888, 1, 373. Cpr. § 484, note 15.]

[[10] Sous le régime des lois de 1884 et de 1886, le rôle du juge en matière de conversion était difficile à définir. La loi de 1884 paraissait lui conférer un pouvoir discrétionnaire d'appréciation sur le bien-fondé de la demande en conversion, et on ne s'accordait guère sur les points sur lesquels ce pouvoir d'appréciation pouvait s'exercer. On était arrivé, après beaucoup d'hésitations, à admettre que le juge pouvait refuser la conversion : 1° lorsqu'il lui semblait qu'il restait des chances de réconciliation entre les époux; 2° lorsque la demande en conversion se présentait sous un jour défavorable au point de vue de la moralité. Beudant, II, n° 462. Baudry-Lacantinerie, III, n° 347 et les autorités citées. En tout cas, l'intérêt des enfants ne paraissait pas être de nature, à lui seul, à empêcher la conversion. Voy. Paris, 24 janvier 1901, Sir., 1902, 2, 172. La loi du 6 juin 1908 a supprimé ce pouvoir discrétionnaire d'appréciation du juge. La conversion est due par cela seul qu'elle est demandée. La conception actuelle de la conversion est donc toute différente de celle du Code civil. Elle ne se rattache plus à l'idée que la séparation de corps est un état d'épreuve que le demandeur n'a pu imposer indéfiniment à son conjoint. Si la séparation de corps reste un état intermédiaire, et peut-être transitoire, entre la reprise de la vie commune et la rupture du lien conjugal, c'est plutôt en ce sens que le demandeur en séparation a pu vouloir rester à mi-chemin du divorce et se raviser ensuite, et, par voie de conséquence, que le défendeur à la séparation, quels que soient ses torts, ne saurait être, après trois ans de vie indépendante, plus mal traité à cet égard que le demandeur lui-même. Dans les premières années de la promulgation de la loi de 1884, on était allé jusqu'à douter que la conversion pût être demandée par le defendeur à la séparation. Voy. Cass., 12 août 1885, Sir., 1886, 1, 193, note Labbé. Beudant, II, n° 459, note. C'eût été là une conséquence excessive et inexacte de la conception nouvelle. Mais cette conception était bien celle de la loi de 1884, et la loi du 6 juin 1908, en supprimant le pouvoir discrétionnaire du juge, n'a fait que l'accentuer.]

peut être saisi, en même temps que de la demande en conversion, des questions qui se rattachent à cette demande[11] et peuvent en être considérées comme l'accessoire[12]. Il ne

[[11] En ce sens qu'elles se rattachent à la transformation de l'état des époux qui va résulter de la rupture du lien conjugal. Il est clair que cette transformation peut influer sur le taux de la pension alimentaire accordée antérieurement, ou demandée tout au moins dans l'instance en conversion, et en entraîner, dans le premier cas, l'élévation (Paris, 28 janvier 1886, Sir., 1886, 2, 129) ou la suppression (Cass., 7 février 1887, Sir., 1890, 1, 535). Il est clair aussi que cette transformation peut appeler des modifications dans les mesures déjà prises à l'égard des enfants. Pau, 30 juillet 1901, 4 août 1902, Sir., 1902, 2, 205. Ce sont là des litiges qui se rattachent naturellement à la conversion, et auxquels s'applique naturellement la procédure spéciale de la conversion. Les arrêts précités de la cour de Pau, rendus sous l'empire de la loi de 1886, paraissent d'ailleurs rattacher la solution qu'ils donnent au pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande de conversion, et ce pouvoir discrétionnaire a été supprimé par la loi du 6 juin 1908. Nous pensons cependant que la solution de la cour de Pau reste exacte même sous l'empire de la loi du 6 juin 1908. Des litiges de ce genre se rattachent trop étroitement à la conversion pour qu'il ne soit pas désirable que le juge qui la prononce ait qualité pour les résoudre. — Il serait au contraire inadmissible que la procédure rapide de la conversion, appelée sans doute à être simplifiée encore en conséquence de la loi du 6 juin 1908 (cpr. note 7 *suprà*) fût appliquée à des litiges résultant de la séparation de corps, et, à plus forte raison, à des litiges résultant des faits qui l'auraient provoquée, mais sur lesquels la rupture du lien conjugal et la transformation de l'état des époux ne sauraient manifestement exercer aucune influence. Nous citerons dans cet ordre d'idées les litiges relatifs aux déchéances de l'art. 299 et aux dommages-intérêts distincts de la pension alimentaire dont il vient d'être question. Pareillement, des litiges résultant des arrangements pris par les époux séparés relativement au service de la pension après la séparation ne sauraient bénéficier de la procédure rapide de la conversion (Nîmes, 17 mars 1885, Sir., 1886, 2, 178). Nous en dirions autant de la demande concernant la pension alimentaire elle-même, à supposer qu'elle fût introduite après la conversion (Cass., 10 mars 1891, Sir., 1891, 1, 148. Cpr. § 480, note 28), ou à supposer qu'elle le fût dans l'instance même en conversion, mais que la décision de première instance ne fût frappée d'appel qu'en ce qui concerne cette pension seulement. Cass., 7 février 1887, précité.]

[[12] Nous ne disons pas l'accessoire nécessaire. La procédure plus simple de l'art. 310 ne s'impose pas aux parties, même pour les demandes sur lesquelles peut statuer le juge saisi de la demande

serait pas régulièrement saisi des demandes d'un caractère différent, mais pourrait cependant statuer sur elles, si les deux époux étaient d'accord à cet effet[13].

Le divorce est prononcé au titre auquel l'a été la séparation[14], réserve faite des difficultés spéciales qui peuvent

en conversion (Paris, 16 juin 1888, Sir., 1889, 2, 103), puisqu'il peut arriver que ces demandes soient formées postérieurement à la conversion, et que la procédure rapide de la conversion ne saurait dès lors leur être appliquée (cpr. la note 11 *suprà*). C'est dire que l'application qu'on leur en fait n'a rien de nécessaire, même si elles sont formées en même temps que la demande de conversion.]

[[13] Cass., 7 février 1887, Sir., 1890, 1, 535. Baudry-Lacantinerie, III, n° 349. Cet auteur accepte la solution, tout en faisant remarquer qu'il s'agit d'une incompétence *ratione materiæ* du juge saisi de la demande de conversion, et non pas d'une incompétence *ratione personæ* que l'accord des parties pourrait couvrir. Nous répondrons qu'à supposer que l'application de la notion d'incompétence soit ici bien exacte, ce dont il est permis de douter, on peut, pour atténuer la singularité de la prorogation volontaire de juridiction qui paraît se rencontrer ici, comparer cette prorogation à celle qui permet aux tribunaux civils de statuer en matière commerciale en dehors des cas dans lesquels la loi leur attribue exceptionnellement compétence à cet effet. Voy. Toulouse, 11 janvier 1892, Sir., 1893, 2, 17 et la note de M. Tissier.]

[[14] Cette règle présentait un grand intérêt avant l'abrogation de l'art. 298 par la loi du 15 déc. 1904, dans l'hypothèse où la séparation de corps avait été prononcée pour cause d'adultère : le divorce était nécessairement prononcé au même titre, et l'époux coupable ne pouvait épouser son complice. Il en était de même, en sens inverse, lorsque la séparation de corps avait été prononcée, malgré l'adultère, pour cause d'injure grave seulement : le juge saisi de la demande de conversion ne pouvait pas prononcer le divorce pour cause d'adultère. Cass., 25 octobre 1887, Sir., 1889, 2, 102. L'abrogation de l'art. 298 a fait disparaître cette application de la règle posée au texte. Mais cette règle entraîne encore les conséquences suivantes : 1° quel que soit l'époux qui demande la conversion, le divorce est prononcé aux torts de celui contre lequel a été prononcée la séparation. Cela est vrai, notamment si la conversion est demandée, tant sous forme de demande principale, par celui au profit duquel la séparation a été prononcée, que sous forme de demande reconventionnelle, par celui contre lequel la séparation a été prononcée. Paris, 21 janvier 1886, Sir., 1886, 2, 129. Cela est vrai, même si la conversion est demandée par l'époux aux torts duquel la séparation a été prononcée, et ce, par exception à la maxime : *Nemo auditur, propriam turpitudinem allegans*. Trib. de Troyes, 27 août

s'élever relativement au maintien de la pension alimentaire, due, en conséquence de la séparation, par l'époux coupable à l'autre[15].

1884, Trib. de Mâcon, 25 nov. 1884, Seine, 5 mars 1885, Sir., 1885, 2, 65; Angers, 13 avril 1896, Sir., 1897, 2, 216. Voy. en sens contraire : Douai, 5 février 1885, Sir., 1885, 2, 65. (Réserve faite, bien entendu, sous le régime antérieur à la loi du 6 juin 1908, qui a supprimé le pouvoir discrétionnaire du juge en matière de conversion, du cas où cette demande était repoussée, à raison de la continuation des désordres qui avaient motivé la séparation. Paris, 21 janvier 1886, Sir., 1886, 2, 129; Cass., 29 mars 1886, Sir., 1886, 1, 405; Rennes, 30 octobre 1893, Sir., 1895, 2, 47.) Cela est vrai, enfin, si la séparation a été prononcée aux torts communs des deux époux. Cass., 11 février 1889, Sir., 1889, 1, 225; Cass., 25 juillet 1892, Sir., 1892, 1, 503. 2° Il résulte de là que les frais de l'instance en conversion doivent être supportés par celui des époux contre lequel la séparation a été prononcée, alors même qu'il serait demandeur en conversion. Caen, 3 février 1885, sous Cass., 12 août 1885, Sir., 1886, 1, 193; Trib. Reims, 5 mars 1885, sous Paris, 21 janvier 1886, Sir., 1886, 2, 129; Angers, 13 avril 1896, Sir., 1897, 2, 216. (Réserve faite cependant, selon nous, du cas où, même sous le régime de la conversion automatique établi par la loi du 6 juin 1908, et à plus forte raison sous le régime des lois de 1884 et de 1886, l'époux défendeur à la conversion, et au profit duquel la séparation aurait été prononcée, opposerait à la demande en conversion des faits de réconciliation qu'il serait dans l'impossibilité d'établir : il y aurait alors, à notre avis, un litige indépendant sur la conversion elle-même, et le perdant nous paraîtrait devoir, selon le droit commun, supporter, en tout cas, les frais.]

[[15] La pension alimentaire due par l'époux coupable à l'autre n'est jamais due, en cas de divorce, et par conséquent de conversion de la séparation de corps en divorce, qu'en vertu et dans les limites de l'art. 301. Au contraire, en cas de séparation de corps, cette pension est due, selon nous, tant en vertu de l'art. 212 qu'en vertu de l'art. 301. Cpr. § 485 (494[4]) texte et note 7. Il suit de là qu'en ce qui concerne la pension alimentaire, il est impossible que le jugement de conversion de la séparation de corps en divorce comporte les mêmes caractères et les mêmes effets que le jugement de séparation. Voici, dans leur enchaînement logique, les solutions auxquelles nous nous rallions : 1° dans le cas où le jugement de séparation a déterminé le fondement de la pension alimentaire qu'il allouait à l'époux non coupable, et s'est expressément référé à l'art. 301, la pension restera due après la conversion, en vertu et dans les conditions du jugement de séparation, à supposer, bien entendu, que le jugement de conversion ne contienne aucune disposition contraire. Cass., 4 février 1889, Sir., 1889, 1, 228; Bordeaux, 11 mars

Le jugement de conversion est toujours susceptible d'appel; la cause en appel est débattue et jugée en chambre du conseil : l'arrêt est rendu en audience publique.

Le jugement ou l'arrêt qui prononce la conversion doit être transcrit dans les mêmes conditions[16] que le jugement de divorce, et la transcription produit les mêmes effets dans les deux cas.

1892, Sir., 1892, 2, 276 : 2° dans le cas où le jugement de séparation n'a pas déterminé le fondement de la pension alimentaire, ne s'est référé, pour l'allouer, ni à l'art. 212, ni à l'art. 301, et n'a d'ailleurs pas dépassé le tiers des revenus de l'époux coupable, la solution nous paraît, toutes choses égales d'ailleurs, devoir être la même. Caen, 19 mars 1889, Sir., 1890, 2, 209; Paris, 16 mai 1893, Sir., 1893, 2, 224 : 3° nous en dirons autant du cas où le jugement de séparation de corps s'est fondé, pour allouer la pension, tant sur l'art. 212 que sur l'art. 301, ce dernier suffisant, à lui seul, après la conversion, à motiver l'allocation. Paris, 15 mars 1887, Sir., 1888, 2, 213; Cass., 3 janvier 1893, Sir., 1893, 1, 225 : 4° dans le cas au contraire où le jugement de séparation de corps aurait alloué la pension, sans en déterminer le fondement, mais en prononçant la séparation aux torts communs des deux époux, ce qui impliquerait nécessairement que la pension a été allouée sur le fondement de l'art. 212 (cpr. § 480, note 29), la conversion nous paraîtrait devoir mettre fin au service de cette pension. Cass., 24 novembre 1886, Sir., 1888, 1, 433; Orléans (mêmes parties), 30 mars 1887, Sir., 1888, 2, 216; 5° dans le cas enfin où la pension alimentaire aurait été allouée à l'époux non coupable par un jugement, d'ailleurs muet sur le principe de la condamnation, mais rendu après le jugement de séparation de corps sur une instance principale et distincte en condamnation à des aliments, nous serions portés à penser que la pension cesse d'être due à dater de la conversion (de la transcription de la conversion). V. Riom, 27 janvier 1887, Sir., 1888, 2, 214 : 6° il est d'ailleurs bien entendu que, quelles que soient les dispositions du jugement de séparation de corps, en ce qui concerne la pension alimentaire, l'époux débiteur, comme l'époux créancier, peut remettre en question, dans l'instance en conversion, le service, le taux, ou même le maintien de la pension (Cass., 24 novembre 1886, Sir., 1888, 1, 433; Cass., 2 mai 1900, Sir, 1900, 1, 436), réserve faite, bien entendu, de la chose jugée sur les causes de séparation. Cass., 27 janvier 1891, Sir., 1891, 1, 72.]

[[16] La conversion se produit au profit de celui des époux qui avait obtenu la séparation. Cpr. note 14 *suprà*. Pendant le premier mois, c'est cet époux seul qui peut requérir la transcription. Nancy, 14 janvier 1888, Sir., 1888, 2, 53.]

Il est d'ailleurs bien entendu que chacun des conjoints pourrait, au lieu de demander la conversion, former, avant l'expiration du délai de trois ans, une demande directe en divorce, dans les conditions du droit commun, en se fondant sur des faits et griefs postérieurs à la séparation de corps[17].

Pour le cas où cette demande en divorce serait encore pendante au jour où l'autre conjoint formerait sa demande en conversion, le premier pourrait soulever contre la demande en conversion l'exception de connexité, mais non pas celle de litispendance[18].]

[§ 487 (495[4] et 496[4]).]

De la cessation de la séparation de corps.

La séparation de corps ne dure qu'autant que le veulent les deux époux[1]. Elle est révocable à leur gré, et cesse même par le seul fait du rétablissement de la vie commune[2], sans qu'il soit besoin, ni de l'intervention du juge, ni de l'accomplissement d'aucune formalité[3].

[[17] La demande en conversion n'est que la demande primitive, qui aurait pu être, au gré du demandeur, une demande en divorce, et que celui-ci a provisoirement réduite à une demande en séparation de corps. Cpr. § 484, note 2. Cela est plus vrai encore sous le régime nouveau de la conversion, telle que les lois de 1884, 1886 et 1908 l'ont comprise. Cpr. note 10 *suprà*. Elle est dès lors complètement indépendante des causes nouvelles de divorce qui peuvent se produire ultérieurement.]

[[18] Ceci est la conséquence nécessaire de ce qui a été dit à la fin de la précédente note.]

[1] Une simple réconciliation, non accompagnée du rétablissement de la vie commune, est insuffisante pour faire cesser l'état de séparation de corps. Paris, 5 avril 1859, Sir., 59, 2, 204. Cpr. aussi : Civ. rej., 30 décembre 1861, Sir., 62, 1, 113. Voy. en sens contraire : Boissard, *Revue pratique*, 1859, VIII, p. 344.

[2] Cpr. art. 309, 310 et 1451. Locré, sur l'art. 311. Pigeau, II, p. 574. Favart, *Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 4. Vazeille, II, 592. Massol, p. 347, n° 1. [Un seul fait de rapprochement paraît devoir suffire pour comporter rétablissement de la vie commune. Cass., 24 février 1908, Sir., 1908, 1, 471. Planiol, I[6], n° 1440.]

[3] Vazeille, II, 593. Massol, p. 349 et 350, n° 2. Demolombe, IV,

La séparation de corps ne peut, en général, être révoquée que du consentement réciproque des époux. Celui des conjoints qui a obtenu la séparation de corps n'a donc pas le droit d'exiger le rétablissement de la vie commune, si celui contre lequel elle a été prononcée ne veut pas y consentir[4]. La réhabilitation de l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée n'en opère pas non plus la révocation[5]. Mais si, par suite de la revision de son procès, cet époux avait été acquitté, absous ou condamné à une peine non infamante, le jugement de séparation de corps se trouverait de plein droit anéanti[6].

La cessation de l'état de séparation de corps rend au mariage et à ses effets leur force primitive, quant à la personne des époux [[6] *bis*].

534 et 535. Zachariæ, § 495, texte et note 1. Paris, 16 avril 1807, Sir., 7, 2, 661, Agen, 17 mars 1858, Sir., 58, 2, 371.

[4] Le jugement de la séparation est obligatoire pour les deux époux. Tout jugement est, en effet, le produit d'un contrat judiciaire, auquel on doit, comme à tout autre contrat, appliquer la disposition du deuxième alinéa de l'art. 1134 : *Quod ab initio voluntatis ex post facto necessitatis*. Cpr. Rauter, *Cours de procédure civile*, §§ 59 et 146. — Cependant Locré (*loc. cit.*), Vazeille (II, 595), Duranton (II, 525 et 618), Favard de Langlade (*Rép.*, v° Séparation entre époux, sect. II, § 4) et Zachariæ (§ 495, texte et note 2) enseignent, en se fondant sur l'art. 309 [ancien], une opinion contraire à celle que nous avons émise. Nous répondrons que, d'un côté, la disposition de l'art. 309 était spéciale au cas où la séparation de corps a été prononcée pour cause d'adultère de la femme ; qu'ainsi on ne peut, contrairement aux règles du Droit commun, indiquées au commencement de la note, en étendre la disposition à d'autres hypothèses ; et que, d'un autre côté, l'art. 309 ne [conférait] pas au mari le droit de reprendre sa femme contre la volonté de celle-ci, mais lui [accordait] seulement le pouvoir d'arrêter ou de faire cesser les effets de la condamnation prononcée contre elle, dans la supposition que cette dernière consente à la réunion. De hautes considérations d'équité et de moralité viennent d'ailleurs à l'appui de notre système. Villemartin, *Études de Droit français*, III, p. 102. Marcadé, sur l'art. 311, n° 5. Massol, p. 350, n° 3. Demolombe, IV, 532. Angers, 19 avril 1839, Sir., 39, 2, 243. Req. rej., 3 février 1841, Sir., 41, 1, 97.

[5] Vazeille, I, 558. Demolombe, IV, 538. Cpr. § 491, texte et note 30.

[6] Le second jugement anéantit virtuellement tous les effets du premier. Vazeille, I, 557. Demolombe, *loc. cit.* Cpr. § 491, texte et note 28.

[[6] *bis*. Cpr. Cass., 24 février 1908, Sir., 1908, 1, 471.]

[Abstraction faite du rétablissement des conventions matrimoniales primitives, dont il sera question plus loin, la capacité civile de la femme se trouve modifiée de nouveau en conséquence de la réconciliation. Après cette réconciliation et jusqu'au rétablissement des conventions matrimoniales, cette capacité est celle de la femme séparée de biens, telle qu'elle est déterminée par l'art. 1449. Cette modification nouvelle de la capacité de la femme, résultant de la réconciliation, ne se produit d'ailleurs à l'égard des tiers qu'autant que la reprise de la vie commune a été constatée : 1° par un acte passé devant notaire, dont il doit rester minute, et dont un extrait doit être affiché en la forme prescrite par l'art. 1445 et publié dans l'un des journaux du département recevant les publications légales ; 2° par la mention de cet acte notarié en marge de l'acte de mariage et en marge du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation de corps[6] *ter*. Art. 311, 3e al.]

[[6] *ter*. Des auteurs considérables (Planiol, 1[6], n° 1347) paraissent admettre, au contraire, que la capacité civile de la femme se trouve de plein droit modifiée par l'effet et à la date de l'acte notarié constatant la réconciliation, sauf accomplissement ultérieur des mesures de publicité. Nous ne saurions nous rallier à cette manière de voir. Sans parler des graves dangers qu'elle présente pour les tiers, et que les auteurs dont nous parlons sont eux-mêmes loin de méconnaître, elle nous paraît condamnée par le rapprochement de l'art. 311 et de l'art. 1451. Il est hors de doute, selon nous, que le rétablissement des conventions matrimoniales primitives, aux termes et dans les conditions de l'art. 1451, n'entraîne, vis-à-vis des tiers, le rétablissement de l'incapacité de la femme que sous la condition et du jour de l'accomplissement des formalités de publicité de l'art. 1451. Le rétablissement de l'incapacité de la femme est lié au rétablissement de ces conventions, elle ne peut donc renaître qu'avec elles. Cpr. § 516, note 83. Ceci posé, il serait bien choquant, pour ne rien dire de plus, que la diminution de capacité résultant de la substitution du système de l'art. 1449 au système de pleine capacité de l'art. 311 se reproduisit de plein droit en conséquence et à la date de l'acte notarié de l'art. 311, indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité qui doivent l'accompagner. L'acte notarié de l'art. 311 et l'acte notarié de l'art. 1451 jouent évidemment le même rôle dans les deux modifications successives qu'ils ont pour objet de faire subir à la capacité de la femme, et il serait inadmissible que le premier produisît de plein droit ses effets pendant que le second ne les produirait que sous la condi-

La séparation de biens, que la séparation de corps avait produite, ne cesse pas, de plein droit, par suite du rétablissement de la vie commune. Mais les époux ont la faculté de se replacer sous le régime matrimonial qu'ils avaient originairement adopté[7], en se conformant aux dispositions de l'art. 1451 [[7] *bis*]. Cette faculté peut être exercée, même par des époux mineurs, sans l'assistance des personnes dont le concours leur serait nécessaire pour la passation d'un contrat de mariage[8].

Le régime matrimonial sous lequel les époux se sont mariés, ne pouvant être établi que dans son intégrité et tel qu'il avait été stipulé par le contrat de mariage, la simple déclaration des époux qu'ils entendent le remettre en vigueur suffit pour faire revivre également tous les avantages qui s'y rattachent directement par leur objet même, ou qui sont à considérer comme ayant formé des conditions de son adoption [[8] *bis*]. Une pareille déclaration,

tion de publicité. Il est d'ailleurs permis de se demander comment les choses se passeraient dans l'hypothèse où l'acte notarié aurait à la fois pour objet la constatation du rétablissement de la vie commune et le rétablissement des conventions matrimoniales. Très certainement, l'incapacité de la femme, en tant qu'elle serait liée au rétablissement des conventions matrimoniales, ne se produirait, à l'égard des tiers, qu'à dater de l'accomplissement des formalités de publicité. Faudrait-il donc admettre que, dans l'intervalle de la rédaction de cette acte notarié à l'accomplissement des formalités de publicité, la capacité de la femme serait déjà modifiée et régie par l'art. 1449? Ce serait la conséquence rigoureuse de l'opinion que nous combattons, et la surprise ne serait pas moindre pour les époux que pour le tiers, les époux ayant eu manifestement en vue, dans cet acte notarié, le rétablissement indivisible de leur condition primitive, antérieure à la séparation de corps.]

[7] Quoique l'art. 1451 ne parle que du rétablissement de la communauté, il n'est pas douteux que la disposition de cet article ne doive être appliquée à tout autre régime matrimonial. Massol, p. 352, n° 4. Demolombe, IV, 544.

[[7] *bis*. La loi du 6 février 1893 n'a pas supprimé la faculté pour les époux de rétablir, après leur réconciliation, leur régime matrimonial primitif. Trib. Nîmes, 30 juillet 1896, Sir., 1876, 2, 85.]

[8] Massol, p. 355, n° 8. Demolombe, III, 547.

[[8] *bis*. La cour de Caen (15 avril 1885, Sir., 1887, 2, 193) a admis que le seul fait de la réconciliation suffit, indépendamment de l'acte

au contraire, ne pourrait avoir pour effet de faire revivre les donations, même contenues au contrat de mariage, mais entièrement indépendantes du régime y stipulé, qui auraient été révoquées au préjudice de l'un des conjoints[9]. Les époux ont sans doute la faculté de les rétablir dans la forme déterminée par l'art. 1451[10], et ce, avec leur caractère originaire d'irrévocabilité[11]. Mais il faut qu'ils en expriment formellement la volonté, ou que, tout au moins, ils déclarent que leur intention est de restaurer l'ensemble des dispositions du contrat de mariage.

Le rétablissement des conventions matrimoniales en vertu de l'art. 1451 a pour conséquence de faire cesser rétroactivement les effets de la séparation de biens, [notamment, l'application de l'art. 1449 à la capacité civile de la femme, qui se trouve replacée sous l'empire des règles qui la régissaient avant la séparation, le tout, bien entendu,] sauf les droits des tiers et le maintien des actes passés par la femme, en conformité de l'art. 1449.

[Le rétablissement des conventions matrimoniales pourrait d'ailleurs résulter, si les époux en exprimaient la volonté, de l'acte notarié prévu par l'art. 311, ayant pour objet de constater le rétablissement de la vie commune. Dans ce cas, le régime transitoire dont il a été question plus haut, comportant l'application de l'art. 1449 à la capacite civile de la femme, dans l'intervalle de temps qui

prévu par l'art. 1451, à faire revivre de plein droit, avec leurs caractères primitifs, les donations contenues au contrat de mariage, révoquées par l'effet de la séparation. Art. 299. Cpr. § 483, note 32. Cette solution, qui méconnaît le lien de dépendance de ces donations par rapport au régime matrimonial, et qui serait certainement inapplicable aux avantages matrimoniaux, dont la liaison avec le régime matrimonial est encore plus évidente, mais que l'art. 299 ne frappe pas moins que les donations elles-mêmes (cpr. § 480, note 12), nous paraît devoir être complètement rejetée. Voy. en ce sens : Rennes, 23 décembre 1892, Sir., 1893, 2, 80. Cass., 27 décembre 1893, Sir., 1894, 1, 119.]

[9] Cpr. Demolombe, III, 544. Voy. cep. Proudhon, I, 554 et 555 : Massol, p. 355, n° 6.

[10] Proudhon et Valette, I, p. 553. Massol, *loc. cit.* Demolombe, III, 546.

[11] Massol, *loc. cit.* Demolombe, III, 545. Voy. en sens contraire : Delvincourt, I, p. 200.

sépare l'acte notarié prévu par l'art. 311 de l'acte notarié prévu par l'art. 1451, ne se produirait pas.]

L'époux qui, après avoir obtenu la séparation de corps, s'est réuni à son conjoint, est, malgré le rétablissement de la vie commune, recevable à former, pour des causes nouvelles, une seconde demande en séparation de corps. Il peut même, en pareil cas, faire valoir, à l'appui de cette seconde demande, les faits qui avaient motivé l'admission de la première[12]. Arg. art. [244, 2e al.]

[§ 488.]

[*Du divorce des Français à l'étranger.*]

[1° Indépendamment des dispositions de la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, qui seront analysées ci-après, le divorce prononcé à l'étranger entre deux époux français par le juge civil[1] étranger compé-

[12] Demolombe, III, 548. Zachariæ, § 495, texte et note 6. Paris, 19 juin 1839, Sir., 39, 2, 370. Cpr. Agen, 27 mars 1858, Sir., 58, 2, 371.

[[1] Cela peut s'entendre, soit par opposition à un jugement de caractère administratif, soit par opposition à un jugement de caractère religieux, du pays où le divorce ne pourrait être prononcé que dans ces conditions. — Dans le premier cas, nous pensons que le divorce ne saurait être considéré en France comme régulièrement prononcé, sous cette forme, entre époux français. La Convention de La Haye, du 12 juin 1902, a prévu la question, dans son art. 7, alinéa 2, et elle ne donne au divorce prononcé de la sorte un effet absolu sur le territoire de l'un quelconque des États signataires de la dite Convention, qu'autant que la compétence de la juridiction administrative est admise, de ce chef, aussi bien par la loi personnelle commune des époux que par la loi du pays où le divorce a été prononcé. Ce texte est manifestement extensif des effets extraterritoriaux du divorce prononcé par une juridiction administrative, et il implique cependant que le divorce prononcé entre époux français, dont la loi personnelle n'admet évidemment pas la procédure administrative du divorce, par la juridiction administrative compétente de l'État signataire de la Convention de 1902, dans lequel ils seraient domiciliés, n'aurait aucune valeur en France. A plus forte raison, en serait-il de même du divorce prononcé de la sorte sur le territoire et par les juridictions d'un État non signa-

taire. — Dans le second cas, la solution nous paraît plus douteuse. Sans doute, nous admettons, contrairement à la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation, que des époux étrangers, dont le statut personnel commun ne connaît que le divorce prononcé par l'autorité religieuse, peuvent cependant le demander à la justice française (§ 490, note 7), et il semble dès lors que nous devrions nécessairement admettre qu'en sens inverse, les époux français, bien que leur statut personnel commun ne connaisse que le divorce prononcé par la justice civile, peuvent cependant, au regard de la France, le demander à la juridiction confessionnelle du pays où ils sont domiciliés. Dans l'une et l'autre hypothèses, la procédure se détache du fond du droit. Cpr. § 490, note 6. Nous avouons que les deux solutions ne nous paraissent pas nécessairement liées. Si nous admettons la première, concernant le divorce des étrangers en France, c'est parce que la séparation des matières civiles et des matières religieuses, la neutralité de l'État entre les différents cultes, l'égalité devant la loi civile des fidèles des différentes confessions, nous paraissent des principes d'ordre public international en France. Or, à supposer que des idées précisément contraires à celles que nous venons de rappeler constituent des principes d'ordre public international dans le pays où il peut être question, pour les époux français, de demander le divorce, et où ils ne pourraient, par conséquent, le demander qu'à l'autorité religieuse, il resterait encore à savoir si les principes considérés comme d'ordre public international dans un pays étranger sont de nature à s'imposer comme tels en France, si les solutions qu'ils commandent à l'étranger s'imposent en France, comme s'y imposeraient des solutions fondées sur les règles rationnelles du conflit des lois. C'est plutôt le contraire qui nous paraîtrait vrai. Dans tout pays, les dispositions de police sont des dispositions territoriales. V. Bartin, *Études de droit internat. privé*, 1899, p. 277. Très certainement, des décisions de la justice française, exclusivement fondées sur l'art. 3-1° C. civ., ne sauraient prétendre, à l'étranger, à l'universalité d'effets à laquelle pourraient prétendre, dans des cas et sous des conditions que nous ne saurions chercher à fixer ici, des décisions françaises fondées sur les règles ordinaires et normales de solution des conflits de lois. Le doute est donc permis, quant à l'effet en France du divorce prononcé à l'étranger, par l'autorité religieuse compétente à l'étranger, entre époux français. Nous inclinerions, pour notre part, à ne pas l'admettre. Nous ajouterons que le correctif de l'impossibilité qu'il y a, selon nous, pour les époux français, d'obtenir le divorce à l'étranger, aussi bien d'une autorité religieuse que d'une autorité administrative que leur statut personnel repousse, se trouve dans la faculté qu'ils ont, selon nous, de plaider en divorce en France, alors même qu'ils seraient domiciliés à l'étranger. Les tribunaux français, qui sont compétents pour statuer sur les litiges entre Français et étrangers, indépendamment de toute condition de domicile en France des uns comme des autres (§ 748 *bis*, note 3:

tent[2], après une procédure régulière[3], et pour une cause reconnue comme telle par la loi française[4], dissout le ma-

nous étendons cette solution à l'hypothèse de l'art. 15), le sont aussi et à plus forte raison, entre Français.]

[[2] Compétent, au sens de la loi française, s'il s'agit des règles de la *compétence générale*, c'est-à-dire des règles qui fixent la compétence des juridictions françaises par opposition à celle des juridictions étrangères : compétent, au sens de la loi étrangère, c'est-à dire de la loi du pays où le jugement a été rendu, s'il s'agit des règles de la *compétence spéciale*, c'est-à-dire des règles qui fixent la compétence *ratione materiæ* et *ratione personæ*, à l'intérieur d'un même État, dont les juridictions sont, par hypothèse, généralement compétentes pour connaître du litige. Cette distinction de la *compétence générale* et de la *compétence spéciale*, que nous visons encore note 13 *infrà*, sera expliquée au § 769 *ter*.]

[[3] Régulière, au sens et par application des dispositions de procédure de la loi étrangère, c'est-à-dire de la loi du pays où le jugement a été rendu, conformément aux règles de compétence générale visées à la note 2 *suprà* : réserve faite, toutefois, du cas où les dispositions de procédure de la loi étrangère, normalement compétente comme il vient d'être dit, seraient en contradiction avec les dispositions correspondantes de procédure de la loi française, et qu'on dût considérer ces dernières comme d'ordre public international en France.]

[[4] L'état et la capacité des Français étant régis, même à l'étranger, par la loi française, les causes de dissolution du mariage ne peuvent être, au regard de la France, que celles de la loi française. Pour le cas où l'époux français, demandeur en divorce, l'aurait obtenu pour une cause que ne reconnaît pas la loi française, dans un pays où l'on admet que la détermination des causes du divorce dépend, soit de la loi du lieu où les époux sont domiciliés, soit de la loi du lieu où la demande est formée, le divorce prononcé dans ces conditions n'aurait aucune valeur en France, et ne saurait y être invoqué. En effet, si nous admettons que les jugements étrangers qui modifient l'état et la capacité de personnes produisent leur effet en France indépendamment de toute procédure *d'exequatur* (§ 769 *ter*, note 10), et cela nous paraît exact, non seulement s'il s'agit d'un jugement étranger qui modifie l'état et la capacité d'un étranger (§ 31, note 35), mais encore s'il s'agit d'un jugement étranger qui modifie l'état et la capacité d'un Français domicilié à l'étranger (cpr. note 5 *infrà*), cela n'est vrai qu'autant que le jugement étranger remplit certaines conditions de régularité qu'il appartiendrait, en tout cas, à la justice française, d'apprécier, en dehors de toute procédure *d'exequatur* proprement dite. Cpr. notes 5 et 6 *infrà*. Dans ces conditions nous comprenons, outre celle de la compétence de la juridiction étrangère (cpr. notes 1 et 2 *suprà*) et de la régularité

riage en France, mais sous réserve des observations suivantes :

Si le mariage dont s'agit a été contracté à l'étranger, la dissolution se produit de plein droit, même au regard de la France, sans qu'aucune procédure d'*exequatur* soit nécessaire[5], à la date à laquelle la dissolution s'opère

de la procédure suivie devant cette juridiction (cpr. note 3 *suprà*), celle de l'application au litige dont la solution doit entraîner une modification de l'état et de la capacité du Français, de la même loi qui aurait été appliquée à ce litige en France, c'est-à-dire, dans l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons, de la loi française. Il serait aussi inadmissible, au regard de la France, que la juridiction étrangère pût appliquer au Français que la nécessité force à plaider devant elle, une loi qu'on ne lui appliquerait pas en France, qu'il le serait, qu'une juridiction étrangère incompétente pût statuer sur ce litige, après une procédure irrégulière, ce que personne ne songerait à admettre.]

[[5] MM. Aubry et Rau admettent d'une façon générale, § 769 *ter*, note 10, que le jugement étranger qui modifie l'état et la capacité d'une personne produit de plein droit son effet en France en tant qu'il s'agit de cette modification seulement, et ils renvoient, pour l'application de cette règle, à leur § 31, note 35, où il n'est question que du jugement étranger qui modifie l'état et la capacité d'un étranger, et où cette dernière solution est présentée comme une conséquence de la règle qui fait dépendre de la loi étrangère la détermination de l'état et de la capacité de l'étranger. Nous avons déjà indiqué, à la note 4 *suprà*, et nous répétons, que la solution de principe donnée au § 769 *ter*, note 10, ne nous paraît pas moins exacte, lorsqu'il s'agit d'un jugement étranger qui modifie l'état et la capacité d'un Français (notamment, comme nous le supposons au texte, d'un jugement étranger qui prononce le divorce entre époux français). Sans revenir sur les conditions de régularité qu'il faut que ce jugement étranger réunisse, dans l'hypothèse où il concerne un étranger comme dans celle où il concerne un Français, qui ont été indiquées *suprà*, note 4 *in fine*, et qui donnent, d'une façon générale, au regard de la France, toute garantie aux Français que la nécessité force de plaider à l'étranger, nous ferons observer : 1° que si le jugement étranger qui modifie l'état et la capacité d'un étranger produit son effet en France indépendamment de l'*exequatur*, parce que la loi étrangère gouverne l'état et la capacité de l'étranger (cpr. § 31, note 35), la raison n'en peut être que dans cette idée, que le tribunal étranger a correctement appliqué à la modification de capacité sur laquelle il avait à statuer, la loi étrangère, normalement applicable, au regard de la France, à cette modification : qu'il suffit, par conséquent, de supposer, pour que le jugement étranger qui modifie

dans le pays où le jugement a été régulièrement rendu, à condition toutefois, quelles que soient, à cet égard, les dispositions de la loi de ce pays, que le jugement de divorce y soit devenu définitif [6].

l'état et la capacité d'un Français produise son effet en France indépendamment de l'*exequatur*, que le tribunal étranger a correctement appliqué à cette modification la loi française, normalement applicable, au regard de la France, à cette modification, et que c'est précisément ce que nous supposons, *suprà* note 4 *in fine* ; 2° que pour les divorces qui sont régis par la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, la solution que nous donnons au texte est certaine, aux termes de l'art. 7 de ladite Convention, et qu'il ne semble cependant pas que les négociateurs de cette Convention pour la France l'aient considérée comme exorbitante du droit commun du statut personnel et des effets internationaux des jugements en France ; 3° qu'en définitive, il n'y a, aussi bien dans la solution certaine qui concerne les effets en France du divorce prononcé à l'étranger entre étrangers, que dans celle qui concerne les effets en France du divorce prononcé à l'étranger entre Français, aussi bien dans la solution certaine qui résulte de l'art. 7 de la Convention de La Haye, que dans celle que nous admettons, en dehors de cette Convention elle-même, pour les jugements de divorce qui n'y sont pas soumis, qu'une application toute naturelle de la distinction fondamentale des conflits de lois et des conflits de juridictions, et que la solution que cette distinction entraîne quant à l'effet en France du divorce prononcé à l'étranger entre étrangers, s'impose avec une égale force quant à l'effet en France du divorce prononcé à l'étranger entre Français.]

[[6] Sans doute, la question de savoir quels sont, en général, les effets attachés à l'étranger au jugement rendu à l'étranger, et à quelle date ils se produisent, par conséquent la question de savoir quels sont à l'étranger les effets du jugement de divorce rendu à l'étranger, et à quelle date ils se produisent, se rattache à la procédure, et dépend dès lors de la loi étrangère sous l'empire de laquelle le juge saisi statue. Cependant, la question de savoir à quel moment le mariage est dissous par le divorce, en conséquence d'une procédure de divorce poursuivie à l'étranger, nous paraît devoir, malgré la règle générale que nous venons de rappeler, rester soumise au statut personnel, en ce sens qu'on doit se référer aux dispositions du statut personnel pour reculer la dissolution du mariage jusqu'à l'entier achèvement de la procédure à l'étranger, par conséquent jusqu'à l'entier épuisement des voies de recours à l'étranger. Déterminer, en effet, la date à laquelle le mariage est dissous, c'est résoudre la question de savoir s'il est dissous à telle date plutôt qu'à telle autre ; plus précisément, c'est résoudre la question de savoir s'il est dissous dans tel cas et non pas dans tel autre. Mais la question ainsi posée relève manifestement du statut

Même si le mariage dont s'agit a été célébré en France, nous pensons que la dissolution se produit indépendamment de la transcription, sur les registres de l'état civil français, du jugement de divorce, transcription qui ne nous paraît pas nécessaire, mais qui, si on l'exigeait, ne pourrait avoir lieu qu'en conséquence de l'*exequatur* accordé par le tribunal français compétent, au jugement étranger prononçant le divorce[7].

personnel. Elle en relève au même titre que la question de savoir si le délai de trois cents jours de l'art. 296 peut courir en conséquence de la procédure de divorce entamée à l'étranger. Cpr. note 11 *infrà*. Dans l'une et l'autre hypothèses, il s'agit de la date à laquelle la dissolution du mariage se produit, ou commence, éventuellement et par anticipation, à produire ses effets. Le statut personnel a seul qualité pour trancher la question. — Il est bien vrai que nous admettons, note 7 *infrà*, que la transcription du divorce sur les registres de l'état civil français n'est pas nécessaire pour que la dissolution du mariage se produise en France, en tant que cette dissolution résulte immédiatement, pour la loi étrangère sous l'empire de laquelle le divorce a été prononcé, de la décision judiciaire elle-même, rendue à l'étranger. Il semble, à première vue, qu'il y ait contradiction à exiger, par application du statut personnel français, que cette décision judiciaire soit devenu définitif à l'étranger, quelle que soit sur ce point la solution de la loi étrangère, et à dispenser les parties, par application de la loi étrangère, de la transcription du divorce sur les registres de l'état civil français, bien que la loi française l'exige expressément pour que la rupture du lien conjugal soit consommée. Dans l'un et l'autre cas, c'est de la dissolution du mariage qu'il s'agit, plus précisément, des conditions dans lesquelles et de la date à laquelle elle se produit. — Nous avons répondu d'avance à l'objection que nous nous adressons, en formulant, au cours même de cette note, la règle dont elle est l'application. Les dispositions du statut personnel interviennent sans doute, pour reculer la dissolution du mariage jusqu'à l'entier épuisement des voies de recours ouvertes à l'étranger, c'est-à-dire jusqu'à l'entier achèvement de la procédure du divorce *à l'étranger*. Mais elles ne sauraient intervenir pour imposer la transcription du divorce *en France*, autrement dit, pour *ajouter* à la procédure de la loi étrangère (*lex fori*) une formalité complémentaire que cette loi, par hypothèse, ignore entièrement.]

[[7] La transcription est la dernière formalité de la procédure française du divorce. Elle ne saurait donc être exigée qu'autant que cette procédure est celle de la loi française. Cpr. *suprà* note 6 *in fine*, et § 490, note 22. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de s'arrêter à cette

Il en serait d'ailleurs de même, si le mariage dont s'agit avait été célébré à l'étranger, devant les agents diplomatiques français[8].

Dans tous les cas, la dissolution de la communauté remonte au jour de la demande, en tant d'ailleurs qu'il s'agit d'une communauté régie par la loi française[9].

Les effets du divorce sont régis par la loi française[10],

particularité, que le mariage a été célébré en France : la forme de la dissolution du mariage n'est pas nécessairement liée à la forme de la célébration. Mais il est bien évident que pour les personnes qui pensent, contrairement à ce qui vient d'être dit, que la transcription du divorce doit être considérée comme une exigence du statut personnel français, ou comme une conséquence de la célébration du mariage par l'officier de l'état civil français, qu'elle est, par conséquent, la condition nécessaire de l'effet en France du divorce prononcé à l'étranger, elle ne saurait être requise de l'officier de l'état civil français qu'en vertu d'un jugement rendu par des juges français, ce qui suppose la nécessité de *l'exequatur* en France du jugement étranger qui a prononcé le divorce. Cpr. note 13 *infrà*.]

[[8] Nous raisonnons ici comme dans l'hypothèse où le mariage a été célébré en France. Dans l'un et l'autre cas, l'application de la loi française à la célébration du mariage reste sans influence sur la procédure de la dissolution.]

[[9] Bien que la rétroactivité de la dissolution de la communauté soit un effet du divorce, qu'elle constitue, à ce titre, une sanction accessoire de l'infraction de l'époux coupable à ses devoirs d'époux, qu'il soit possible, dès lors, de la rattacher, pour cette raison, au statut personnel des époux, de façon à l'appliquer toujours aux Français divorcés, alors même que le divorce aurait été prononcé à l'étranger et que le régime matrimonial dépendrait d'une loi étrangère (Cpr. § 504 *bis*, note 2, et 504 *ter*, note 2), nous pensons que cette rétroactivité ne saurait atteindre que les Français divorcés à l'étranger dont le régime matrimonial dépend de la loi française. La disposition de l'art. 252 *in fine* est essentiellement une disposition relative au régime des biens entre époux, et le but en vue duquel le législateur l'a édictée ne saurait, selon nous, prévaloir contre sa nature et son objet. La loi qui gouverne le régime des biens entre époux lui est dès lors seul applicable. Cpr. § 490, note 23. Nous raisonnerions de même en ce qui concerne la déchéance des avantages matrimoniaux. Art. 299.]

[[10] L'effet essentiel du divorce étant la dissolution du mariage, et tous les autres effets restant subordonnés à celui-là, nous pensons que la loi applicable est, en principe, la loi française, en tant qu'elle régit l'état et la capacité des Français à l'étranger. Nous apportons

et se produisent, sauf exception, à partir du jour où la dissolution du mariage se produit elle-même, sous le bénéfice des observations qui précèdent relativement à la distinction des mariages contractés à l'étranger et des mariages célébrés en France ou devant des agents diplomatiques français.

Il y aurait lieu, toutefois, de faire des réserves sur l'application de l'art. 296, qui fait courir le délai de trois cents jours à l'expiration duquel la femme divorcée peut convoler, à partir du premier jugement préparatoire, interlocutoire, ou au fond, rendu dans la cause. Cette disposition de la loi française ne pourrait être invoquée devant l'officier de l'état civil français, auquel la femme française, divorcée à l'étranger, s'adresserait pour la célébration d'une nouvelle union, qu'autant que le jugement d'avant dire droit rendu à l'étranger, dont elle entendrait se prévaloir à cette fin, présenterait les caractères des jugements français visés par l'art. 296. Mais, sous

nous-même à ce principe les exceptions qui nous paraissent justifiées. Cpr. note 9 *suprà*. Quant à la date à laquelle se produit, au regard de la France, la dissolution du mariage, elle se confond, selon nous, avec celle à laquelle la dissolution se produit à l'étranger, en conséquence de l'achèvement de la procédure et de l'épuisement des voies de recours à l'étranger, comme il a été dit à la note 6 *suprà*. Et il va de soi que nous admettons cette solution, non seulement dans le cas où le jugement étranger qui a prononcé le divorce n'est pas critiqué en France, mais même dans le cas où ce jugement est critiqué pour infraction aux règles établies ou rappelées dans les notes 1 à 4 *suprà*, et où le tribunal français auquel la question est soumise, le considère comme régulièrement rendu. C'est la conséquence de la doctrine d'après laquelle le jugement de divorce rendu à l'étranger produit de plein droit ses effets en France indépendamment de toute procédure d'*exequatur*. Nous avons défendu cette doctrine *suprà*, note 5. L'exigence d'une procédure d'*exequatur* proprement dite aurait pour effet de reporter la date de la dissolution du mariage, non pas même à celle où le jugement français conférant l'*exequatur* au jugement de divorce rendu à l'étranger, passerait en force de chose jugée en France, mais seulement à la date à laquelle interviendrait, dans le délai de droit commun, la transcription sur les registres de l'état civil français du jugement d'*exequatur* rendu en France, ce qui est contraire à l'opinion que nous avons défendue à la note 7 *suprà*.]

réserve de cette condition essentielle, nous pensons que le délai de trois cents jours pourrait courir à dater de celui où ledit jugement d'avant dire droit aurait été rendu à l'étranger, même à supposer que ce jugement étranger d'avant dire droit prescrivît des mesures d'exécution, qu'il fût, par conséquent, de nature à être soumis à la procédure d'*exequatur* en France et qu'il n'y eût pas été soumis[11].

Il est d'ailleurs bien entendu qu'en ce qui concerne la condamnation prononcée par le jugement étranger contre l'un des époux à servir une pension alimentaire à l'autre, et pareillement en ce qui concerne les mesures prises par le jugement étranger à l'égard des enfants, le jugement étranger ne pourrait être invoqué en France qu'à la condition d'y avoir préalablement reçu l'*exequatur* selon le droit commun.

Il en serait de même de toutes les mesures d'exécution prévues et prises par le jugement étranger.

2° Les règles qui précèdent s'appliquent aux jugements de divorce rendus entre époux français par les juridictions des États signataires de la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, sous réserve des observations et modifications suivantes :

L'une quelconque de ces juridictions ne peut, au regard de la France, prononcer le divorce entre deux époux français qu'autant que l'époux défendeur a son domicile dans le ressort de cette juridiction, ou tout au moins sur le territoire de l'État dont elle relève[12]. Toute-

[[11] Le fondement que nous assignons, § 463, note 6 *bis*, au nouvel art. 296, implique évidemment que son application est indépendante de l'exécution du jugement qu'il suppose. Il est donc inutile, pour que le délai de trois cents jours commence à courir, que le jugement étranger sur lequel nous raisonnons au texte, ait été soumis à l'*exequatur* en France, alors même qu'il y aurait lieu, à certains égards, de l'y soumettre.]

[[12] L'art. 5 de la Convention du 12 juin 1902 dispose que « la demande en divorce peut être formée... devant la juridiction compétente du lieu où les époux sont domiciliés ». — Si l'on prenait cette formule à la lettre, il en résulterait que le divorce prononcé dans l'État où les époux sont domiciliés, mais par une juridiction autre que celle

fois, dans le cas où l'époux défendeur abandonnerait son domicile, après que le fait qui pourrait être invoqué comme cause de divorce se serait produit, la juridiction du dernier domicile connu resterait compétente. Convention du 12 juin 1902, art. 5.

Le divorce régulièrement prononcé par la juridiction compétente de l'un quelconque des États signataires de la Convention de La Haye, sera, par là même, reconnu en France. Convention du 12 juin 1902, art. 7. Mais il n'y produira ses effets, pour les personnes qui font la distinc-

de leur domicile, dont l'incompétence *ratione personæ* aurait été couverte par les époux conformément à la loi interne de cet État, devrait être considéré, dans l'un quelconque des autres États signataires de la Convention, comme prononcé par une juridiction incompétente, puisque la juridiction qui l'aurait prononcé ne serait pas rigoureusement la juridiction du lieu où les époux étaient domiciliés. Nous ne pensons pas que ce soit là une interprétation bien raisonnable, et nous préférons lire le texte de l'art. 5 d'une autre façon : « La demande en divorce peut être portée devant la juridiction compétente *de l'État* (signataire de la Convention) sur le territoire (européen, art. 10 de la Convention) duquel les époux sont domiciliés », en laissant à la législation interne de cet État le soin de déterminer, non seulement les règles de la compétence *ratione materiæ* — ce qui ne saurait être contesté, — mais encore le caractère de la compétence *ratione personæ* et les conséquences de l'incompétence *ratione personæ* de la juridiction de cet État saisie de la demande en divorce. Autrement dit, l'art. 5 de la Convention de 1902 n'attribue aux juridictions de l'État sur le territoire duquel les époux sont domiciliés qu'une compétence *générale*, distincte de la compétence *spéciale ratione materiæ* et *ratione personæ*, dont la détermination reste du ressort de la législation interne de cet État, ce qui est tout à fait certain pour la détermination de la compétence *ratione materiæ*, et ce qui doit l'être, à plus forte raison, croyons-nous, pour la détermination de la compétence *ratione personæ*. — L'interprétation littérale de l'art. 5, que nous écartons au début de cette note, ne pourrait se défendre que si la Convention de 1902 avait eu pour objet d'établir, entre les États signataires, non pas des règles conventionnelles de conflits de lois et de conflits de juridictions, ce qui laisse à chacun d'eux l'indépendance de sa législation, tant sur le fond du droit que sur la détermination de la compétence *spéciale* de ses juridictions, mais bien des règles conventionnelles de législation internationale, notamment sur la détermination de la compétence juridictionnelle, ce qui est tout différent. Mais cela n'est pas. Cpr. § 490, note 32.]

tion que nous avons antérieurement indiquée, entre les mariages célébrés en France et les mariages contractés à l'étranger, que sous réserve de cette distinction. L'*exequatur* des tribunaux français reste en effet nécessaire pour toutes les mesures d'exécution que prescrit ou que suppose ce jugement, et par conséquent, dans l'opinion de ces personnes, pour sa transcription sur les registres de l'état civil français[13].

Il est d'ailleurs bien entendu que, quelle que soit, de droit commun, la nature des pouvoirs du juge français auquel l'*exequatur* est demandé, et même à supposer qu'il ait, de droit commun, celui de reviser la décision étrangère, il ne pourra, en présence d'un jugement de diovrce rendu entre époux français dans l'un quelconque des États signataires de la Convention, exercer son droit de contrôle que sur les points auxquels l'art. 7 de ladite Convention subordonne l'effet en France du jugement de divorce rendu dans cet État.]

[§ 489.]

[*De la séparation de corps prononcée à l'étranger entre époux français.*]

[Les règles qui ont été posées au § 488 quant au divorce des Français à l'étranger s'appliquent également à la

[[13] La transcription n'est certainement pas nécessaire quand le divorce est prononcé entre Français à l'étranger par application de la Convention de La Haye. Weiss, III, 714. Toutefois, les jurisconsultes qui l'exigent quand le divorce est prononcé entre Français à l'étranger en dehors de toute application de la Convention de La Haye, doivent, selon nous, l'exiger aussi quand le divorce est prononcé par application de cette Convention, parce que la détermination de la loi applicable, soit à la procédure du divorce de Français à l'étranger, soit au statut personnel des Français à l'étranger, en tant qu'il fixe la date de la dissolution du mariage par le divorce, n'a pas été modifiée par cette Convention. Comme les jurisconsultes dont nous parlons ne l'exigent pas, il en résulte que la contradiction à laquelle ils aboutissent peut servir de démonstration indirecte de l'opinion que nous avons défendue à la note 5 *suprà*.]

séparation de corps prononcée à l'étranger entre époux français sous réserve des observations et modifications suivantes :

1° La capacité civile de la femme française séparée de corps à l'étranger reste régie, au regard de la France, par l'art. 311, al. 3. Elle est modifiée, par application de ce texte, comme il a été dit au § 485, à dater du jour où le jugement de séparation de corps prononcé à l'étranger y est passé en force de chose jugée, quelles que soient, à cet égard, les dispositions de la loi étrangère[1].

2° La séparation de corps prononcée à l'étranger, entre époux français, entraîne de plein droit, au regard de la France, la séparation des biens, quelles que soient, à cet égard, les dispositions de la loi étrangère, et même à supposer que le régime matrimonial de ces époux français soit régi, au regard de la France, par une autre loi que la loi française[2].

[[1] Cpr. § 488, note 6.]

[[2] Sans doute, nous admettons, § 488, note 9, et § 490, note 25, que les modifications que le régime matrimonial peut subir, en conséquence du divorce des époux français à l'étranger ou des époux étrangers en France, dépendent exclusivement, dans l'un et l'autre cas, de la loi qui gouverne le régime matrimonial de ces époux, et ne dépendent pas de la loi qui gouverne leur statut personnel. Nous appliquons la même règle à la rétroactivité de la dissolution de la communauté en matière de séparation de corps. Note 3 *infrà*. — Il semblerait dès lors que nous dussions résoudre dans le même sens la question de savoir si la séparation de corps prononcée entre époux français à l'étranger entraîne la séparation de biens : la séparation de biens ne se produirait, dans les termes de la loi française, qu'autant que la loi française gouvernerait, par hypothèse, le régime matrimonial de ces époux français séparés de corps à l'étranger. — Cette solution, en effet, s'imposerait, s'il ne fallait tenir compte du rapport, et, dans une certaine mesure, du lien que la loi française établit entre la séparation de biens consécutive à la séparation de corps, et la capacité civile de la femme séparée de corps. Il paraît impossible de soumettre la détermination de la capacité civile de la femme séparée de corps à la loi qui gouverne le régime matrimonial des époux, à l'exclusion de celle qui constitue son statut personnel. En particulier, il paraît impossible de ne pas appliquer l'art. 311, alinéa 3, à la femme française, séparée de corps à l'étranger, quelle que soit la loi qui gouverne le régime matrimonial, et quelles que soient, en ce qui concerne la

Toutefois, la rétroactivité de la dissolution de la communauté ne se produit, dans les conditions et sous les réserves qui ont été indiquées au § 485, qu'autant qu'il s'agit d'une communauté régie par la loi française[3].

3° En cas de réconciliation des époux français qui ont été séparés de corps à l'étranger, la capacité civile de la femme se trouve modifiée de nouveau, comme il a été dit

capacité civile de cette femme après la séparation de corps, les dispositions de cette loi. — Mais il ne faut pas oublier : d'une part, que l'art. 311 al. 3 n'est que le développement des dispositions déjà favorables de l'art. 1449 (§ 485 (494[4]), note 4 *bis*), et que l'art. 1449 est lié à la séparation de biens, puisqu'il est l'une des conditions de son fonctionnement : d'autre part, qu'en sens inverse, la séparation de biens paraît être la condition du fonctionnement de la pleine capacité civile désormais reconnue à la femme. Il y a là des dispositions législatives indivisibles. Par conséquent, si le maintien du régime matrimonial primitif, quel que fût ce régime, aux termes de la loi étrangère sous l'empire de laquelle les époux français se trouveraient placés de ce chef, pouvait résulter de cette loi étrangère, dont l'application serait, à cet égard, maintenue, alors que la capacité civile de la femme séparée de corps serait incontestablement modifiée par application de son statut personnel, il se pourrait qu'on arrivât, de la sorte, à des complications et à des situations véritablement insolubles. Il nous paraît préférable de soumettre purement et simplement la répercussion de la séparation de corps sur le régime matrimonial des époux à leur statut personnel, qui décide déjà et nécessairement des modifications que va subir la capacité civile de la femme. La loi française s'appliquera dès lors, exclusivement, sur ces deux points. Nous ne nous dissimulons pas que la solution à laquelle nous nous rallions après mûr examen n'est pas à l'abri de la critique. Elle serait certainement bien plus défendable, si le lien de l'art. 311, al. 3, avec la séparation de biens consécutive à la séparation de corps était plus solide, et le rapport de ces deux institutions plus étroit. Il ne faut pas oublier, par exemple, qu'en cas de réconciliation des époux, il peut arriver que la capacité civile de la femme, telle qu'elle est fixée par l'art. 311, al. 3, disparaisse, sans que la séparation de biens prenne elle-même fin. Cpr. § 487, note 6 *ter*. Dans ce cas, la séparation de biens continuera à produire ses effets, qui ne peuvent être que ceux qu'y attache la loi française considérée comme statut personnel des époux, alors que la raison d'être de l'application du statut personnel au régime matrimonial des époux, dans cet ordre d'idées, à savoir la pleine capacité civile de la femme, a déjà disparu.]

[[3] Cpr. note 2 *suprà* et § 488, note 9.]

au § 487, soit par un acte notarié passé dans les formes de la loi française, et publié, en tant que faire se peut [4], conformément à l'art. 311, al. 4, soit par un acte reçu à l'étranger par les agents diplomatiques français, et publié dans les mêmes conditions que le précédent, soit enfin par un acte authentique passé en la forme de la loi étrangère devant un officier public étranger [5].

La capacité civile de la femme reste, en pareil cas, régie, au regard de la France, par l'art. 1449, jusqu'à ce que la séparation de biens qui avait été, au regard de la France,

[[4] C'est-à-dire par l'affichage de l'extrait dudit acte en la forme prescrite par l'art. 1445, par la publication dudit extrait dans l'un des journaux du département recevant les publications légales, enfin, par la mention en marge de la transcription du mariage, si cette transcription a été faite conformément à l'art. 170. Mais nous admettrions que la réconciliation produit tous ses effets quant à la capacité civile de la femme : 1° en l'absence de la mention en marge de l'acte de mariage, pour le cas où l'acte de mariage n'aurait pas été transcrit conformément à l'art. 170; 2° en l'absence de la mention en marge du jugement ou de l'arrêt qui serait intervenu en France, dans le cas où la régularité de la décision judiciaire ayant prononcé la séparation de corps à l'étranger aurait été contestée en France, ou bien encore en marge du jugement ou de l'arrêt qui aurait conféré en France l'*exequatur* à la décision étrangère ayant prononcé la séparation de corps, dans le cas où cette décision aurait frappé l'un des époux d'une condamnation de nature à être exécutée en France. Dans toutes ces hypothèses, l'usage du procédé de publicité prescrit par l'art. 311 est subordonné, soit à une transcription de l'acte de mariage que rien ne permet d'imposer aux époux (cpr. § 468, notes 27 à 34), soit à une procédure qu'il ne dépend pas d'eux de provoquer.]

[[5] Dans l'hypothèse où l'acte de réconciliation serait reçu par un officier public étranger, nous pensons qu'aucune publicité n'est possible en France, sauf peut-être dans le cas où l'acte de mariage aurait été transcrit en France conformément à l'art. 170. Il appartiendrait alors à la femme séparée de corps de se pourvoir en France à fin d'*exequatur* de l'acte de réconciliation reçu par l'officier public étranger, pour que cet acte pût être mentionné en marge de l'acte de mariage transcrit en France. Cpr. § 769 *ter*, note 18. — Enfin, nous inclinerions à penser que si la réconciliation des époux se produisait dans un pays dont la législation admettrait que l'acte de réconciliation n'est soumis à aucune forme, cette réconciliation serait, en France et au regard de la France, sans influence sur la capacité civile de la femme.]

la conséquence de la séparation de corps prononcée à l'étranger, disparaisse, par l'effet d'une convention nouvelle, intervenue entre les époux dans les mêmes formes que celles qui viennent d'être indiquées pour l'acte de rétablissement de la vie commune, et destinée à substituer à la séparation de biens, soit le régime primitif, dans les conditions de l'art. 1451, si le régime primitif était gouverné par la loi française, soit même un régime différent, si le régime primitif était gouverné, au regard de la France, par la loi étrangère, et que la règle française de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne s'y appliquât pas, au regard de la France [6].

4° La conversion en divorce de la séparation de corps prononcée à l'étranger entre époux français ne peut être demandée en France qu'après l'expiration d'un délai de trois ans à dater du jour où le jugement étranger prononçant la séparation est devenu définitif à l'étranger, quelles que soient, à cet égard, les dispositions de la loi étrangère.

Pareillement, la juridiction étrangère à laquelle les époux français séparés de corps à l'étranger demanderaient la conversion en divorce de la séparation prononcée à l'étranger, ne pourrait, au regard de la France, prononcer le divorce de ces époux français qu'après l'expiration du même délai de trois ans, quelles que fussent, à cet égard, les dispositions de la loi étrangère.

Pour le cas où la juridiction étrangère prononcerait la conversion avant l'expiration dudit délai de trois ans, conformément à la loi de l'État dont elle relève, le divorce ne pourrait, au regard de la France, résulter que d'une nouvelle procédure de conversion, régulièrement entamée et suivie, soit en France, soit à l'étranger [7].

[[6] Voy. § 504 *bis*, note 6.]

[[7] La détermination du délai à l'expiration duquel la conversion peut être demandée dépend du statut personnel. Cpr. § 490, note 32. Pour le cas où la loi étrangère, sous l'empire de laquelle la conversion aurait été demandée à l'étranger, considérerait au contraire le délai de conversion comme un délai de procédure, et où le juge étranger, en conséquence de cette qualification, aurait prononcé la conversion avant l'expiration du délai de trois ans de la

Les pouvoirs du juge français auquel est demandée la conversion en divorce de la séparation de corps prononcée à l'étranger, sont, en tout cas, les mêmes que si la séparation avait été prononcée en France.

La conversion de la séparation de corps en divorce est d'ailleurs prononcée en France, au même titre auquel la séparation de corps l'a été à l'étranger [8]. Mais il est bien entendu que le juge français reprend la plénitude de ses pouvoirs en ce qui concerne les modifications que la substitution du divorce à la séparation de corps peut entraîner, soit dans les mesures à prendre à l'égard des enfants, soit dans le caractère et le service de la pension alimentaire.]

[§ 490.]

[*Du divorce des étrangers en France. — De la conversion en divorce, en France, de la séparation de corps prononcée à l'étranger entre étrangers.*]

[I. — Indépendamment des dispositions de la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, qui seront analysées ci-après, les étrangers admis à domicile en France peuvent demander le divorce aux tribunaux français : le divorce peut être pareillement demandé aux tribunaux français par un étranger, même non domicilié en France, contre son époux étranger domicilié de fait en France [1].

loi française, nous considérerions la procédure, et par conséquent la conversion, comme irrégulières au regard de la France, à raison de l'application que le juge étranger aurait faite d'une loi, — la sienne en tant qu'elle fixe le délai de conversion, — qu'au regard de la France il n'aurait pas dû appliquer au litige. Cpr. § 488, notes 3 et 4. — Une nouvelle procédure de conversion serait donc à la fois nécessaire, et possible, en France.]

[[8] Il pourrait arriver que la loi étrangère admît la séparation consensuelle, et qu'elle en fît bénéficier les étrangers sur le territoire qu'elle régit. La détermination des causes de séparation de corps ressortissant au statut personnel, nous pensons qu'une séparation de ce genre devrait être considérée comme nulle et non avenue en France. Cpr. § 490, note 29.]

[[1] Cette doctrine sera développée à la note 42 du § 748 *bis*.]

Les tribunaux français peuvent, dans ces conditions, et au regard de la France, prononcer le divorce entre époux étrangers, pour les causes admises par leur statut personnel commun [2], à raison de faits considérés comme une cause de divorce par leur statut personnel commun, à la date à laquelle ils se sont produits [3], et pourvu que ces faits

[[2] Le plus ordinairement, la femme prend la nationalité de son mari au jour du mariage et par l'effet du mariage, en conséquence d'une disposition de la loi nationale du mari qui statue en ce sens. La très grande majorité des législations européennes contiennent des dispositions de ce genre. Le statut personnel commun des époux, c'est donc, essentiellement, la loi nationale du mari au jour du mariage. C'est sous l'empire de cette loi que le mariage est contracté ou célébré, et elle en régit impérativement les effets et la dissolution. — Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de se préoccuper du cas où la femme prendrait, au regard de la loi nationale de son mari, la nationalité de son mari, tout en conservant, au regard de sa loi nationale antérieure, sa nationalité antérieure. Dans la mesure où cette hypothèse pourrait se réaliser aujourd'hui, nous pensons que cette particularité (la coexistence de deux nationalités différentes dans la personne de la femme) ne saurait modifier, en regard d'un État tiers, tel que la France, la solution de principe que nous posons au texte. Le mariage nous paraît normalement régi, dans sa durée comme dans ses effets, par le statut personnel commun des époux, et quelle que soit ici la solution donnée par la loi nationale de la femme, antérieure au mariage, le juge français n'aurait, nous semble-t-il, à tenir compte que de la loi nationale du mari, qui statue, quant à la communication de la nationalité du mari à la femme, comme la loi française statue elle-même (Cod. civ., art. 12). — Quant à l'hypothèse où la loi nationale du mari au jour du mariage n'admettrait pas cette communication de la nationalité du mari à la femme par l'effet du mariage, voy. la note 15 *infrà*. — Reste le cas, tout différent des précédents, où le mari et la femme changent l'un et l'autre de nationalité, au cours du mariage, et passent ainsi, de l'empire d'un statut personnel commun, contemporain du mariage, qui ne leur permettait pas de divorcer, sous l'empire d'un nouveau statut personnel commun qui le leur permet. Ici, nous hésitons, en définitive, à affirmer que, de droit commun, et en dehors des dispositions de la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, le divorce est possible. Voy. sur ce point la note 14 *infrà*.]

[3] L'hypothèse que nous visons est celle où les époux seraient mariés sous l'empire d'une loi qui ne considérerait pas comme des causes de divorce ou de séparation de corps, des faits qui se produiraient avant la naturalisation des deux époux dans un pays dont

constituent pareillement une cause de divorce aux termes de la loi française [4].

Toutefois, si le statut personnel commun de ces étrangers subordonnait la rupture du lien conjugal à une procédure impliquant, en dehors de toute question confessionnelle, une conception du divorce différente de celle de la loi française, telle qu'elle a été définie au § 475 [5], la procédure française du divorce, qui est liée au fond du droit [6], deviendrait inapplicable, et l'impossibilité de l'appliquer entraînerait l'incompétence des tribunaux français. Mais l'exigence, dans le statut personnel des époux, d'une procédure purement religieuse pour la dissolution du mariage, serait, à notre avis, impuissante, à elle seule, à empêcher ces époux de recourir à la justice française pour obtenir le divorce en France [7].

la loi les considérerait au contraire comme des causes de divorce ou de séparation de corps. Bien que le statut personnel commun des époux soit désormais, selon nous (cpr. notes 2 *suprà* et 14 *infrà*), quant à la faculté de divorcer elle-même et à plus forte raison quant à la détermination des causes de divorce ou de séparation de corps, leur loi nationale nouvelle, l'application de cette loi nationale nouvelle ne saurait évidemment se produire qu'à dater du jour où les époux ont acquis l'un et l'autre la nationalité à laquelle cette loi nouvelle correspond, et il ne saurait être question de faire rétroagir cette loi nouvelle sur des faits antérieurs à la naturalisation des époux. Cpr. § 30, note 32. — La Convention de La Haye, du 12 juin 1902, contient une disposition formelle en ce sens. Art. 4. Il y a là, selon nous, une règle rationnelle qui doit s'appliquer même aux hypothèses qui ne ressortissent pas à la Convention.]

[4 Dans le cas où les faits allégués par le demandeur en divorce ne constituent pas des causes de divorce d'après la loi française, tout en constituant des causes de divorce d'après le statut personnel commun des époux, les dispositions de la loi française ne sont autre chose, par rapport à ces faits, que des dispositions prohibitives du divorce, par conséquent des dispositions de police, qui ne permettent pas au demandeur en divorce de le demander en France par application des règles du statut personnel commun des époux.]

[5 [§ 475, texte et note 7.]

[6 Cpr. § 478, note 1.]

[7 La conception française du divorce suppose essentiellement un litige, exclusif de toute possibilité de transactions ou d'entente

Il appartiendrait, en tout cas, aux époux étrangers, de se pourvoir, devant les autorités, d'ailleurs judiciaires ou religieuses, de leur pays d'origine, afin d'obtenir d'elles la rupture du lien conjugal. Mais, pour le cas où ces autorités se déclareraient incompétentes *ratione personæ*, il ne

entre les époux, ayant pour objet la rupture du lien conjugal. considérée comme une sanction de l'infraction de l'un quelconque des époux aux obligations qui résultent du mariage : rupture du lien conjugal obtenue par l'autre époux en dehors de tout rite de caractère confessionnel. à la suite d'une procédure exclusivement civile ouverte à cet époux. quel que soit le culte auquel il se rattache. — Dès lors, l'étranger dont le statut personnel suppose. comme condition nécessaire de la rupture du lien conjugal, ou bien le consentement de son conjoint. ou bien la répudiation de la femme par son mari, se trouve dans l'impossibilité de recourir à la procédure française du divorce. et par conséquent d'obtenir le divorce en France. — Nous ne saurions d'ailleurs étendre cette solution au cas où le statut personnel de l'étranger, demandeur en divorce, ne diffère de la loi française quant au caractère de la demande en divorce qu'en ce qu'il exige, comme condition nécessaire du divorce. l'intervention de l'autorité religieuse et l'accomplissement de rites religieux. Le principe de la sécularisation du mariage, qui impliquerait incontestablement la validité en France de la célébration purement civile en France du mariage de deux étrangers dont le statut personnel n'admettrait que la célébration religieuse. qui impliquerait pareillement la nullité en France de la dissolution purement religieuse en France du mariage de deux étrangers dont le statut personnel n'admettrait la dissolution du mariage que par l'autorité religieuse (Cpr. note 8 *infrà*), nous paraît impliquer tout aussi rigoureusement la possibilité de la rupture purement civile du lien conjugal de deux étrangers dont le statut personnel n'admet la dissolution du mariage que par l'autorité religieuse, — à supposer. bien entendu. que la procédure, d'ailleurs purement religieuse, de dissolution du mariage, organisée par la loi étrangère. n'implique au fond, ni la necessité d'une répudiation, ni, en sens inverse, la nécessité du consentement des deux conjoints pour obtenir le divorce. La règle de la sécularisation du mariage nous paraît se rattacher aux dispositions de police, visées par l'art. 3. C. civ., et ce, tant au point de vue de la question de la dissolution qu'au point de vue de la célébration du mariage. Voy. en sens contraire : Paris, 17 mars 1902, Dall., 1903, 2, 49 (note critique Bartin). Cass. (mêmes parties), 29 mai 1905, *Revue* Lapradelle, 1905. 519; Paris. 21 juin 1910. *Revue* Lapradelle, 1910, 837; Trib. Seine, 9 mai 1911, *Revue* Lapradelle. 1911. 640; Trib. Seine, 13 novembre 1911. *Revue* Lapradelle, 1912, 369.]

saurait appartenir aux ministres du culte desdits époux en France de prononcer en France la rupture du lien conjugal. La rupture du lien conjugal, qui serait, en fait, prononcée dans ces conditions, serait et resterait de nul effet en France et au regard de la France [8], non seulement dans le cas où le mariage desdits époux aurait été célébré en France, mais même dans le cas où il aurait été contracté à l'étranger.

Pour les jurisconsultes qui pensent que la procédure française du divorce n'est pas accessible aux étrangers dont le statut personnel exige la dissolution religieuse du mariage, cette solution devrait être maintenue, même pour les étrangers dont le statut personnel ferait varier la condition civile, au point de vue de la procédure [9] de

[[8] Trib. de la Seine, 18 novembre 1911, et les conclusions de M. le substitut Sauteraud. *Revue* Lapradelle, 1912, 378. Voy. en sens contraire : Trib. Seine, 31 mars 1911, *Revue* Lapradelle, 1912, 367.]

[[9] Au point de vue de la procédure seulement. Autrement dit, nous n'admettrions pas que des étrangers, dont le statut personnel prohibe le divorce quand ils appartiennent et parce qu'ils appartiennent à une confession religieuse qui le prohibe, — alors au contraire que la même législation autorise le divorce de ceux de ses ressortissants qui appartiennent à une confession qui l'admet, — pussent demander le divorce en France, en alléguant que le divorce ne leur est interdit, dans leur pays d'origine, qu'à raison de la confession à laquelle ils appartiennent, et qu'au regard de la France, le principe de la neutralité de l'État en matière confessionnelle, l'égalité civile des adhérents des différentes confessions qui en résulte, sont des règles d'ordre public international. Il ne nous semble pas que la notion d'ordre public international puisse aller jusque-là. Nous admettons bien qu'elle entraîne, ou plutôt qu'elle assure, la substitution de la procédure française du divorce à la procédure purement religieuse du statut personnel des époux, parce que le statut personnel des époux leur permet de plaider en divorce, que les étrangers qui plaident en France sont, en principe, soumis à la loi française quant aux règles de procédure applicables aux procès qu'ils y soutiennent ou qu'ils y font, que c'est là une règle normale du conflit des lois, qu'il ne saurait dès lors dépendre du statut personnel de ces étrangers et de la loi dont ils relèvent sous ce point de vue, de les soustraire à cette règle pour des raisons de religion, et de leur interdire ainsi l'accès des tribunaux français en leur imposant pour divorcer une procédure de caractère religieux que la loi française ne connaît pas et ne saurait admettre. Le principe de la neutralité de l'État en matière confessionnelle inter-

la dissolution du mariage, suivant qu'ils auraient été et seraient restés, à la date de la célébration, volontairement affiliés, dans leur pays d'origine, à une confession religieuse déterminée, ou qu'ils auraient, au contraire, à cette date, manifesté l'intention de l'abandonner. La célébration du mariage de ces étrangers devant l'officier de l'état civil français, sans aucune consécration de leur union par l'autorité religieuse en France ou à l'étranger, serait impuissante, malgré son caractère purement civil, à leur assurer en France, et au regard de la France, la faculté de recourir à la justice française pour obtenir d'elle le divorce, conformément à la procédure civile française, et même pour les causes reconnues par leur statut personnel, en tant qu'il admet le divorce [10].

A supposer que le statut personnel commun des étrangers domiciliés de droit ou de fait en France ne leur permette pas de demander le divorce, et que l'un d'eux se

vient alors, comme règle d'ordre public international en France, pour y assurer l'empire de la règle normale du conflit des lois, qui soumet, en général, la procédure de l'instance à la *lex fori*, c'est-à-dire, dans l'espèce, à la loi française. La notion d'ordre public international nous paraît ici à sa place. Mais il serait, à notre avis, tout à fait excessif de s'autoriser d'elle, pour permettre à des étrangers, dont le statut personnel prohibe le divorce pour quelque raison que cet soit, de divorcer en France. La faculté de divorcer, envisagée en elle-même, et abstraction faite de la procédure qui n'en est que la mise en œuvre, est refusée à ces étrangers par leur statut personnel qui a seul qualité pour la leur reconnaître. Sans doute, il la leur refuse pour des raisons de religion, et il est d'ordre public international en France que les différences de religion ne peuvent créer d'inégalité civile entre les personnes. Mais si l'on veut tirer de là cette conséquence, qu'il faut que ces étrangers puissent divorcer en France, il en résultera que la faculté de divorcer qui leur sera ainsi reconnue ne peut avoir sa source que dans la loi française. Or, les dispositions de la loi française qui autorise le divorce dans des cas déterminés sont des dispositions de nature permissive (cpr. § 34, note 2) et nous ne pensons pas que des dispositions de ce genre puissent jamais constituer des dispositions d'ordre public international, plus précisément, des dispositions de police, au sens de l'art. 3. C. civ., qui sont nécessairement, selon nous, des dispositions impératives ou prohibitives.]

[[10] Cass., 30 octobre 1905, *Revue* Lapradelle, 1906, 730.]

fasse régulièrement [11] naturaliser en France, ou que la femme obtienne régulièrement [12] sa réintégration dans la qualité de Française que son mariage avec un étranger lui avait fait perdre [13], les tribunaux français ne pourraient pas prononcer le divorce à la requête de cet époux, devenu français, ou de cette épouse, redevenue française [14].

[[11] C'est-à-dire, même en supposant que la naturalisation obtenue en France par l'époux étranger demandeur en divorce n'ait pas été par lui demandée dans le but unique d'échapper ainsi à la prohibition du divorce résultant de son statut personnel antérieur.]

[[12] Même observation qu'à la note précédente.]

[[13] Il pourrait en être autrement. C. civ., art. 19 (loi du 26 juin 1889). Cpr. 5e éd., § 74, note 35, et l'arrêt de la cour de Paris.]

[[14] Cette solution, qui ne fait aucun doute dans le cas où les époux qui plaident en divorce sont ressortissants de l'un des États signataires de la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, sur les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps, puisque l'art. 8 de cette Convention soumet en pareil cas les époux à leur dernière législation commune (cpr. Trib. Epernay, 10 novembre 1905, *Revue* Lapradelle. 1906. 519; Trib. Seine, 28 juin 1910, *Revue* Lapradelle, 1911, 358; Trib. Seine, 10 janvier 1911, *Revue* Lapradelle, 1911, 81), nous paraît devoir être étendue à l'hypothèse où il s'agit d'époux auxquels ladite Convention ne saurait être appliquée. Sans aller jusqu'à dire, avec le tribunal de Dieppe (19 juin 1905, *Revue* Lapradelle, 1906, 515), que la Convention de 1902 entraîne cette solution même pour les époux qu'elle ne concerne pas, et ce, à cause de la concordance présumée des règles qu'elle pose avec les principes rationnels du conflit des lois, — ce qui est au moins douteux, puisque la Convention de 1902 est sortie, comme toute Convention, des concessions que les États signataires se sont réciproquement faites, — nous pensons qu'il ne saurait être permis à l'un des époux de modifier, par suite d'un changement de nationalité que nous supposons qu'il est le maître de provoquer seul, le caractère et les conditions de durée de l'union conjugale qui s'est produite sous l'empire d'une loi toute différente de celle à laquelle l'époux naturalisé ou réintégré dans son ancienne nationalité va désormais obéir. — Nous ne pensons certainement pas qu'on puisse raisonner sur le mariage comme on raisonnerait sur un contrat quelconque (dont les conséquences ne sauraient en effet subir aucune modification du chef du changement de nationalité de l'un des contractants, postérieurement à la conclusion du contrat). Si nous donnons en matière de mariage la même solution que celle que la règle de l'autonomie de la volonté impose en matière de contrats, c'est parce que le caractère impératif des règles qui déterminent les effets et la durée

Toutefois, s'il s'agissait d'un mariage entre un étranger et une Française ayant conservé la nationalité française par application de l'art. 19 du Code civil (Loi du 26 juin 1889), et que le statut personnel du mari n'admît pas le divorce, il semble qu'en l'absence d'un statut personnel commun, fondé sur la nationalité commune des époux à la date ou en conséquence de la célébration du mariage [15],

du mariage leur assure une stabilité au moins égale et peut-être supérieure à celle qui résulte, pour un contrat, de la détermination conventionnelle de la loi qui lui est applicable. Pour dire toute notre pensée, nous ferons observer que si personne ne doute que, dans l'hypothèse d'un contrat, les deux parties ne puissent, d'un commun accord, modifier, postérieurement à sa conclusion, ses effets et sa durée, et par conséquent, substituer à la loi qui les déterminait primitivement une loi différente, on peut, au contraire, douter, en matière de mariage, qu'il en soit ainsi en principe, et que le double changement de nationalité des époux, postérieur au mariage, qui les ferait passer l'un et l'autre sous l'empire d'une loi nouvelle qui admettrait le divorce que leur statut personnel antérieur n'admettait pas, leur assure en France la faculté de divorcer. S'il en est ainsi, aux termes de l'art. 8 de la Convention de La Haye, pour les ressortissants des États signataires de ladite Convention, il n'est pas interdit de penser que c'est là une solution transactionnelle, et par conséquent exceptionnelle, que les principes généraux du conflit des lois n'imposaient pas. Bartin, *Études de Droit international privé*, 1899, p. 250. Paris, 30 août 1877, S., 1879, 2, 5. Cpr. Alger, 27 janvier 1892, Clunet, 1892, 662.) — Quoi qu'il en soit de cette difficulté que nous ne résolvons pas au texte, et sur laquelle la discussion, croyons-nous, reste ouverte, il résulte en tout cas de ce qui a été dit plus haut, abstraction faite de toute comparaison dangereuse entre le mariage et un contrat ordinaire, de la stabilité que le caractère impératif des règles relatives aux effets et à la durée du mariage doit leur assurer, que le changement de nationalité d'un seul des époux postérieurement au mariage reste sans influence sur la faculté de divorcer. Voy. en ce sens : Weiss, III, 587. Surville et Arthuys, n° 302. Montpellier, 19 février 1900, Clunet, 1900, 995. — Voy. en sens contraire, Laurent, *Droit civil international*, V, n°s 166 et suiv. Asser et Rivier, 116 et 122. Alger, 2 décembre 1893, Sir., 1895, 2, 89 et la note de M. Meynial. Alger, 19 février 1896, Clunet, 1896, 606. Alger, 13 décembre 1897, Clunet, 1898, 723. Paris, 7 avril 1903, Clunet, 1903, 865.]

[[15] Paris, 31 octobre 1910, *Revue* Lapradelle, 1911, 82. — Nous ne donnons pas cette solution avec la même assurance, ni surtout pour les mêmes raisons, que la Cour de Paris. Nous nous bornons

le divorce pût être prononcé à la requête de la femme par les tribunaux français. Mais le mari ne pourrait lui-même

à dire qu'elle nous *semble* exacte, et voici pourquoi. Nous savons bien qu'on peut dire que si la différence de nationalité de la femme et du mari, au jour du mariage, a pour effet de leur conserver, à l'un et à l'autre, un statut personnel différent, sur les points sur lesquels le mariage ne saurait modifier ni leur état ni leur capacité civile, cette différence de nationalité n'est pas nécessairement exclusive, en ce qui concerne les conséquences et la durée du mariage lui-même, d'un statut personnel commun, qui serait évidemment la loi nationale du mari au jour du mariage. C'est même la solution qu'on peut considérer comme certaine lorsque la différence de nationalité du mari et de la femme se produit au cours du mariage, en conséquence d'un changement, même régulier, de nationalité de l'un des époux. Cpr. notes 11 à 14 *suprà*. Pourquoi cette solution serait-elle nécessairement subordonnée à cette condition, que la différence de nationalité du mari et de la femme résulte d'un événement postérieur au mariage? Pourquoi la différence de nationalité des époux, même au jour du mariage, serait-elle incompatible avec un statut personnel commun, qui serait évidemment la loi nationale du mari, quant aux effets et quant à la durée du mariage? Nous reconnaissons volontiers que ces raisons, qu'on peut opposer à la solution que nous donnons au texte, sont des plus sérieuses. Nous leur avons fait leur part, en donnant une forme dubitative à l'expression de notre opinion sur un point sur lequel il est certainement permis d'hésiter. Nous pensons toutefois qu'il est préférable de n'imposer aux époux, dans cet ordre d'idées, un statut personnel commun, qu'autant qu'il s'agit d'un statut personnel qui a été réellement le leur, à l'un comme à l'autre, au jour du mariage. L'identité de leur statut personnel, au jour du mariage, nous apparaît comme le fondement, à la fois nécessaire et suffisant, du maintien, à titre impératif, et comme statut personnel commun, de leur statut personnel initial, quant aux effets du mariage, après et malgré le changement de nationalité de l'un d'eux, postérieurement au mariage. Quand le mariage s'est produit dans des conditions telles qu'il ne pouvait y avoir, dès le début, de statut personnel commun aux deux époux, qu'il ne dépendait même pas de leur volonté qu'il y en eût un, leur soumission à un statut personnel commun, de caractère nécessairement impératif, puisqu'il s'agit des effets du mariage, nous paraîtrait arbitraire et peu justifié. — Nous ne méconnaissons pas la gravité, ou plutôt la singularité des conséquences que cette doctrine entraîne (cpr. note 16 *infrà*), l'un des conjoints pouvant ainsi rester marié alors que l'autre ne l'est plus ou même a convolé. Mais nous répondrons que s'il est en effet singulier que l'époux qui reste marié n'ait pas de conjoint,

l'obtenir d'eux, même sous forme de demande reconventionnelle à l'action en divorce intentée par sa femme [16].

Dans tous les cas dans lesquels les tribunaux français ont qualité et compétence pour prononcer le divorce entre époux étrangers, la procédure à suivre [17] est celle de la loi française [18]. Nous comprenons à cet égard dans les règles de procédure, ou nous y assimilons, les règles qui sont relatives au pouvoir et à la capacité d'ester en justice à fin

ce n'est qu'aux dispositions de sa loi nationale qu'il peut s'en prendre, et qu'il serait certainement bien plus choquant que l'époux qui est toujours resté ressortissant de son pays d'origine où le divorce est admis, se trouvât, à raison de la répercussion sur sa condition civile d'une législation qui n'a jamais été la sienne, dans l'impossibilité de bénéficier, dans son pays, des dispositions du statut personnel inhérent à sa nationalité, qu'il n'a jamais abdiquée. Nous ferons d'ailleurs observer que le conjoint qui est resté marié pourra se faire ultérieurement naturaliser dans un pays où le divorce est admis et y obtenir à son tour le divorce. Il est bien vrai qu'il y aurait à cela quelque difficulté pour lui, puisqu'il demanderait ainsi le divorce contre son ancien conjoint déjà divorcé; mais nous pensons qu'on arriverait sans trop de peine, à se débarrasser de cette complication.]

[[16] La question de savoir si la demande reconventionnelle en divorce est possible n'est pas une question de procédure, dont la solution dépendrait, à ce titre, de la loi française (*lex fori*). Cpr. notes 18 et 20 *infrà*. C'est une question de fond, dont la solution dépend du statut personnel, c'est-à-dire de la loi qui régit la dissolution du mariage.]

[[17] Sans qu'il y ait lieu de tenir compte d'une décision étrangère prononçant déjà le divorce au profit de l'époux défendeur à l'instance en divorce en France. Paris, 31 mai 1904, *Revue* Lapradelle, 1905, 694. — Sans doute, les jugements étrangers relatifs à l'état et à la capacité des personnes produisent de plein droit et sans *exequatur* leur effet en France. Cpr. § 31, note 35. (Les considérants de l'arrêt précité, qui fondent la solution qu'il donne, sur le défaut d'*exequatur*, en France du jugement étranger prononçant le divorce nous paraissent, à cet égard, inexacts.) Mais cela n'est vrai qu'autant qu'il s'agit d'un jugement étranger rendu régulièrement : tel n'était pas le cas dans l'hypothèse de l'arrêt précité, qui constate expressément que le jugement n'avait été rendu qu'en conséquence d'une fraude dans la procédure, de l'époux demandeur en divorce à l'étranger.]

[[18] La loi française (*lex fori*) a seule qualité pour déterminer quelles sont les règles de procédure applicables à une instance quelconque engagée en France.]

de divorce [19], celles qui concernent les demandes reconventionnelles [20], celles qui concernent l'administration de la preuve [21], pareillement enfin, celles qui concernent la réconciliation de l'art. 244 et le sursis de l'art. 246.

Quant à la transcription, elle nous paraît applicable [22]

[[19] La question de savoir si le demandeur en divorce a qualité pour engager l'instance n'est au fond que la question de savoir si le juge peut être régulièrement saisi du litige par le demandeur, et la question de la saisine du juge est manifestement une question de procédure.]

[[20] Cp. notes 16 et 19 *suprà*.]

[[21] Les règles relatives à l'administration de la preuve, c'est-à-dire les règles qui fixent la procédure par laquelle les moyens de preuve que les plaideurs entendent faire valoir sont soumis au juge, sont incontestablement du ressort de la *lex fori*. Il ne saurait en être de même, bien certainement, de la détermination des moyens de preuve auxquels les plaideurs ont le droit de recourir. Quand le litige a pour objet l'exécution ou la résolution d'un acte juridique, la détermination des moyens de preuve à l'aide desquels l'existence de cet acte juridique peut être juridiquement établie est, en général, du ressort de la loi qui serait applicable à la détermination des formes de cet acte juridique. Cpr. § 31, note 77. Il ne saurait en être ainsi dans notre matière, puisqu'il s'agit d'établir devant le juge saisi de la demande en divorce des faits matériels de nature à entraîner la rupture du lien conjugal. Nous pensons que la question de savoir quels sont ici les modes de preuve applicables, dépend, au moins en principe, de la loi qui régit les effets et la dissolution du mariage.

[[22] La transcription du divorce, qui remplace, depuis, la loi du 18 avril 1886, l'ancienne formalité de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, nous paraît avoir conservé, dans l'ensemble de la procédure du divorce, le caractère que présentait la formalité antérieure dont elle est issue. Elle répond, comme cette formalité y répondait elle-même, aux trois idées suivantes : 1° le divorce ne résulte qu'indirectement de la décision de justice, qui prépare seulement la rupture du lien conjugal, sans l'opérer elle-même; 2° l'intervalle de temps qui sépare la décision de justice de l'accomplissement de cette formalité, est un dernier délai, de même caractère et de même but que le délai de l'art. 246, imposé aux conjoints par la loi au lieu de l'être par le juge, pour ménager la possibilité d'une réconciliation entre eux, sous la forme d'une renonciation, légalement présumée, aux effets de la décision de justice intervenue; 3° cette renonciation, légalement présumée, prend, à raison de son objet, qui est une modification dans l'état des époux, les caractères d'une déchéance rigoureuse, déchéance pour les époux qui ne requièrent pas la transcription en

aussi bien dans le cas où le mariage dissous par le divorce

temps utile, du droit d'invoquer les effets de la décision de justice intervenue. Cpr. sur ces trois points § 478, note 51. Il suit de là, selon nous, que la question de savoir si la transcription du jugement de divorce est ou non nécessaire, dépend de la même loi dont dépend la détermination des règles de procédure applicables à l'instance en divorce. L'exigence de la transcription est une règle de procédure, absolument comme la faculté de sursis de l'art. 246. Il en résulte que la question de savoir si l'une ou l'autre est possible ou nécessaire, dépend de la loi étrangère pour le Français qui plaide en divorce à l'étranger, comme elle dépend de la loi française pour l'étranger qui plaide en divorce en France. Cpr. § 488, note 7. On ne saurait raisonner autrement, sur ces deux points, qu'en considérant la nécessité de la transcription comme liée au statut personnel des époux divorcés. Cette conception, qui n'a, d'ailleurs, jamais été formulée en termes exprès, nous paraît trop contraire aux origines de l'institution, comme au but que le rapprochement de l'art. 246 conduit à lui assigner, pour que nous nous y arrêtions. Nous pensons qu'on ne saurait sérieusement objecter que la modification que l'accomplissement de cette formalité apporte à l'état des personnes, dont elle fait des époux divorcés, suffit pour rattacher l'exigence de la transcription au statut personnel. L'idée que la transcription touche à l'état des personnes n'intervient qu'à titre secondaire dans le fonctionnement de l'institution, pour expliquer, en législation, la rigueur des règles relatives au calcul des délais et à la détermination des personnes qui ont qualité pour requérir ou pour opérer la transcription. Cpr. § 478, note 51. Essentiellement, l'exigence de la transcription reste une règle de procédure, puisque la transcription est la dernière formalité de la procédure du divorce. Voy. en sens contraire : Weiss. III, 693. — Notre savant collègue admet la nécessité de la transcription du jugement de divorce prononcé à l'étranger entre époux français : il admet aussi, III, 704, la nécessité de la transcription du jugement de divorce prononcé en France, ou même à l'étranger, entre époux étrangers. Cette triple exigence ne nous paraît pouvoir s'expliquer que par l'idée que la transcription du divorce est une mesure de publicité, de même nature, par exemple, que celle de l'art. 67. Cod. com., pour le contrat de mariage des commerçants. Nous ne saurions souscrire ni à cette doctrine, ni aux solutions indiquées par M. Weiss, qui nous paraissent s'y rattacher. — Une circulaire du Parquet de la Seine aux maires de son ressort, en date du 25 juillet 1887, les invite à refuser la transcription aux Français divorcés à l'étranger, tant que le jugement étranger n'a pas été déclaré exécutoire en France. Cette solution nous paraît tout à fait exacte, à condition que l'on commence par admettre la nécessité de la transcription. C'est justement ce que nous ne croyons pas pouvoir admettre. V. Clunet. 1897, 643. Cpr. Trib. Seine,

a été célébré en France que dans celui où il a été contracté à l'étranger [23].

Les effets du divorce prononcé entre époux étrangers par les tribunaux français sont, en principe, régis par le statut personnel commun des époux divorcés, par application duquel nous avons admis que le divorce pouvait être prononcé par les tribunaux français. Il en est ainsi des effets du divorce sur la condition des personnes, notamment en ce qui concerne le maintien ou la suppression de l'alliance, le droit pour chacun des époux de se remarier, soit avec son ancien conjoint, soit avec de tierces personnes [24], et les effets du second mariage intervenu dans ces conditions.

La dissolution de la communauté et la rétroactivité de cette dissolution, la déchéance des avantages matrimoniaux, nous paraissent dépendre, à l'exclusion de la loi française, comme telle, de la loi qui gouverne le régime matrimonial des époux divorcés [25].

2 août 1887, Clunet, 1888, 86. — Trib. Seine, 29 mai 1897. Clunet, 1898, 129.]

[[23] Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription sera faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux (étrangers) avaient leur domicile (en France). Cpr. art. 251, 2e al. Mention sera faite de la transcription en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France dans l'hypothèse de l'art. 170-1° (Mariage à l'étranger d'une Française avec un étranger).]

[[24] Cpr. Weiss, III, 703, notes 4 et 5.]

[[25] Trib. Seine, 25 janvier 1882, Clunet, 1882, 74. M. Weiss, III, 702, applique ici la loi personnelle des époux. Nous ne saurions partager cette manière de voir. Le législateur français, dans les art. 299 et 252 *in fine*, a emprunté aux règles relatives au régime des biens entre époux un procédé de sanction de l'infraction de l'époux coupable à ses devoirs d'époux. Mais, par l'application qu'il a faite à l'époux coupable, dans ces deux textes, de règles dont l'objet direct est la réglementation des intérêts pécuniaires des époux, il n'a pu changer, ni leur nature, ni la détermination, en cas de conflit, de la loi dont ces règles dépendent normalement. On aboutirait d'ailleurs à d'insolubles difficultés, en juxtaposant à l'application de la loi qui gouverne normalement, même en cas de divorce, l'ensemble du régime matrimonial, libéralités anténuptiales comprises, l'application, à certains éléments de ce régime, d'une loi différente, la loi qui régit les effets et la dissolution du mariage. Cpr. § 488, note 9.]

Au contraire, l'allocation d'une pension alimentaire à l'époux innocent, et surtout la condamnation de l'époux coupable à des dommages-intérêts, nous paraissent pouvoir et devoir être prononcées par les tribunaux français dans les termes de la loi française [26].

La conversion en divorce en France de la séparation de corps régulièrement [27] prononcée à l'étranger entre étrangers, est possible, dans tous les cas dans lesquels, aux termes des règles qui ont été précédemment posées en ce qui concerne le divorce des étrangers en France, le divorce serait lui-même possible [28]. Elle est possible encore, sous les mêmes conditions générales concernant les causes et le caractère du divorce, au profit des époux étrangers, soumis, à la date à laquelle est intervenue la séparation de corps, à un statut personnel commun prohibitif du divorce, mais qui auraient acquis, l'un et l'autre, postérieurement à cette date, un nouveau statut personnel commun permissif du divorce. Elle est possible, en pareil cas, quel que soit d'ailleurs le caractère de la séparation de corps intervenue à l'étranger, en ce qui concerne la procédure par laquelle elle a été obtenue [29], sauf à en

[[26] Rigoureusement parlant, il y aurait lieu d'appliquer ici, au moins en ce qui concerne les dommages-intérêts, la loi du pays dans lequel se seraient produits des faits constitutifs du délit civil reproché à l'époux coupable. Cette solution de principe nous paraît devoir être écartée à cause de l'art. 3-1°.]

[[27] Cpr. § 488, notes 2 et 3.]

[[28] Cpr. note 2 à 16 *suprà*.]

[[29] Nous faisons ici allusion à l'hypothèse d'une séparation de corps intervenue à l'étranger du consentement mutuel des époux, et ce, conformément à la loi étrangère, normalement compétente à cet égard. Nous considérons la conversion en divorce comme possible en France, après la double naturalisation des époux en France, malgré le caractère consensuel de la séparation de corps intervenue à l'étranger. En tant qu'il s'agirait de ressortissants de l'un des États signataires de la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, naturalisés en France depuis leur séparation, la solution ne paraît pas douteuse. Convention du 12 juin 1902, art. 7. Trib. de Nice, 29 mars 1909, *Revue* Lapradelle, 1910, 99. Elle ne nous paraît pas moins exacte en dehors de l'application de la Convention de 1902. Cela va de soi pour les personnes qui pensent que le fondement de la conversion de la sépa-

ramener les effets à la mesure de ceux qui résulteraient de la conversion en France d'une séparation de corps de

ration de corps en divorce est beaucoup moins l'infraction à ses devoirs d'époux de l'époux coupable contre lequel la séparation a été prononcée, que la prolongation même de la mésintelligence des époux depuis le jugement qui a prononcé la séparation, le caractère définitif qui donne à la séparation même la probabilité de moins en moins grande de leur réconciliation. Il est clair que si l'on explique ainsi, en législation, la conversion de la séparation de corps en divorce, il n'y a aucune différence à faire, quant à la possibilité de la conversion, entre la séparation de corps judiciairement prononcée à l'étranger, et la séparation de corps résultant du consentement mutuel des époux à l'étranger. Mais cette explication de la conversion ne nous paraît pas exacte, surtout depuis la loi du 27 juillet 1884. Cpr. § 486, notes 1 et 10. Si nous admettons la conversion en divorce en France de la séparation de corps résultant du consentement mutuel des époux à l'étranger, c'est pour d'autres raisons. La conversion de la séparation de corps en divorce est bien, selon nous, une aggravation de la sanction de l'infraction à ses devoirs d'époux de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée (cpr. § 486, note 10), et c'est pour cela qu'elle est prononcée au même titre auquel la séparation l'a été, c'est-à-dire contre l'époux coupable. Cpr. § 486, notes 14 à 16. Mais il ne résulte pas du caractère que nous lui attribuons ainsi, qu'elle soit inapplicable à la séparation de corps obtenue à l'étranger du consentement mutuel des époux. Il faudrait pour cela que le consentement mutuel des époux à la séparation pût être considéré comme exclusif de toute infraction de l'un d'eux à ses devoirs d'époux, et il est permis, au contraire, de penser que la possibilité de la séparation, du consentement mutuel des époux, n'est considérée, par les législations qui l'admettent, que comme un moyen d'éviter la procédure de la séparation de corps et la divulgation de la faute qui la rend nécessaire; c'est ainsi que s'expliquait, de 1804 à 1816, en France, le divorce par consentement mutuel. Dès lors, la substitution par la loi étrangère, en matière de séparation de corps, de la condition du consentement mutuel des époux à une procédure contentieuse de séparation, se réduit à la substitution d'une procédure à une autre, à la substitution de la procédure de la séparation par consentement mutuel à la procédure ordinaire de la séparation, substitution que la loi étrangère sous l'empire de laquelle la séparation se produit est souveraine pour opérer, en quelque pays et à quelque fin que soit ultérieurement invoquée la modification survenue, à la suite de cette procédure simplifiée de séparation, dans l'état des époux. Cpr. sur ce dernier point, § 31, note 35, et sur l'application de la *lex fori* aux règles de procédure, la note 18 *suprà*. Il ne saurait donc être

même nature que celle de la loi française, prononcée à à l'étranger[39].

question, dans l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons, d'écarter en France la demande de conversion de la séparation de corps obtenue à l'étranger du consentement mutuel des époux, sous prétexte que cette demande serait contraire à l'ordre public international en France. Il ne pourrait en être autrement que si le caractère de la séparation de corps obtenue à l'étranger, du consentement mutuel des époux, présentait, indépendamment de la procédure qui l'aurait précédée, des caractères de fond incompatibles avec le respect de l'ordre public international en France. V. Paris, 14 mai 1902, Clunet, 1902, 841. Cette restriction nous paraît devoir être faite, même à supposer que les époux séparés à l'occasion desquels se pose la question que nous discutons soient les ressortissants d'un État signataire de la Convention de La Haye (Convention du 12 juin 1902, art. 7 cbn. art. 2).]

[[39] Des difficultés très délicates peuvent en effet s'élever sur la question de savoir quel sera, quant à la situation des époux l'un vis-à-vis de l'autre, le caractère du divorce prononcé dans ces conditions en France. Puisque les effets du divorce obtenu sur conversion de la séparation de corps se mesurent, à certains égards, sur ceux de la séparation elle-même (Cpr. § 486, note 14 à 16) et que les effets de la séparation de corps sont déterminés, pour chacun des époux en particulier, en conséquence de sa qualité de perdant ou de sa qualité de gagnant dans le procès que la séparation de corps suppose, il semble qu'il y ait contradiction à vouloir appliquer en France une institution, le divorce, qui suppose nécessairement, comme la séparation elle-même, un gagnant et un perdant, à une situation comme celle qui résulte de la séparation de corps obtenue du consentement mutuel des époux, à l'étranger, qui ne suppose, elle, ni gagnant, ni perdant. — Cette difficulté, si elle était insurmontable, nous conduirait à reconnaître, contrairement à ce qui a été dit à la note précédente, que la conversion en divorce en France de la séparation de corps intervenue à l'étranger du consentement mutuel des époux est impossible. Comme elle ne serait pas moins impossible, à ce titre et pour cette raison, dans l'hypothèse à laquelle s'applique la Convention de La Haye que dans l'hypothèse contraire, — puisque la difficulté de concilier le caractère judiciaire du divorce avec le caractère consensuel de la séparation de corps se présente dans l'une comme dans l'autre, — et comme il est certain qu'elle est possible, dans l'hypothèse régie par la Convention de La Haye, aux termes de l'art. 7 de ladite Convention, il est clair qu'elle l'est également dans l'hypothèse contraire, où les principes généraux de solution du conflit des lois, tels qu'ils ont été rappelés à la note précédente, suffiraient d'ailleurs à en justifier la légitimité et par conséquent la possibilité. Ceci posé, la conciliation du carac-

Dans tous les cas, la détermination de celui des conjoints qui peut demander la conversion [31], la détermination du délai dont l'expiration est la condition de la conversion [32]

tère judiciaire du divorce et du caractère consensuel de la séparation de corps nous paraît devoir être cherchée dans cette idée que la séparation de corps du consentement mutuel des époux a pour but d'éviter la divulgation de leurs torts, soit parce qu'ils sont réciproques, soit parce que celui des deux qui n'a rien à se reprocher consent, dans un intérêt de famille aisé à comprendre, à se comporter comme s'ils l'étaient. Dès lors, tout doit se passer, au moins en principe, comme si la séparation avait été judiciairement prononcée à l'étranger aux torts communs des deux époux. Cpr. § 480, note 29, § 486, note 16.]

[[31] Le droit de demander la conversion est, au fond, le droit de demander le divorce. La loi française, en tant qu'elle accorderait le droit de demander la conversion à l'un des époux auquel le statut personnel applicable au litige le refuserait, ne saurait donc intervenir dans l'espèce, ni comme loi de procédure (la détermination de la capacité et du pouvoir nécessaire pour demander le divorce pouvant seule être considérée comme se rattachant à la procédure. Cpr. note 19 *suprà*), ni pour des raisons d'ordre public international (les dispositions légales de nature permissive, comme celles qui ont pour objet d'autoriser le divorce, dans telle ou telle hypothèse, au profit de tel ou tel époux, ne pouvant jamais être considérées comme des dispositions de police, au sens de l'art. 3. Cpr. note 9 *suprà*).]

[[32] Cela ne fait aucune difficulté pour le cas où le délai fixé par le statut personnel commun des époux est plus long que celui de la loi française. S'il est plus court, la question pourrait se poser de savoir si le délai de trois ans de l'art. 310. C. civ. ne constitue pas une disposition de police, de nature à être appliquée en France, même aux étrangers dont le statut personnel commun leur imposerait un délai moins long. Nous ne le pensons pas. L'accord de la loi française et de la loi étrangère sur le point essentiel, qui est la possibilité de la conversion de la séparation de corps en divorce, ne permet pas, croyons-nous, d'attacher à la différence des deux législations sur la question secondaire de la durée et du calcul du délai de conversion, une importance telle que la solution de la loi française sur ce point puisse être considérée comme d'ordre public international en France. Dès lors, quelle que soit la brièveté du délai de conversion dans la loi étrangère, nous pensons que la conversion est possible, en France, à l'expiration de ce délai. Mais il est bien entendu que nous raisonnons sur l'hypothèse d'une séparation de corps *prononcée* à l'étranger, et définitivement acquise au jour où la demande en conversion est formée en France. Par conséquent, nous ne saurions admettre la solution du tribunal civil

restent soumis à l'empire du statut personnel commun des époux à la date de la demande en conversion [33].

Mais, au contraire, les pouvoirs du juge français quant à l'admission de la conversion, restent fixés par la loi française, quelles que soient, à cet égard, les dispositions du statut personnel commun des deux époux [34].

Il est bien entendu que, dans tous les cas où les tribunaux français ont qualité et compétence pour prononcer, entre époux étrangers, le divorce ou la conversion en divorce de la séparation de corps prononcée à l'étranger, ils peuvent également prendre, dans les termes de la loi française [35], toutes les mesures provisoires nécessaires, soit

de Lyon (22 déc. 1911, *Revue* Lapradelle, 1912, 363) qui, dans l'hypothèse où la femme étrangère demande la séparation de corps en France, permet au mari, défendeur à l'instance en séparation de corps, de demander, conformément à leur statut personnel commun, la transformation de la *demande* en séparation de corps formée contre lui par sa femme en une demande en divorce. Le tribunal de Lyon a vu là, bien à tort selon nous, un cas de conversion de la séparation de corps en divorce : ce serait, d'après lui, un cas de *conversion instantanée*. Mais il ne saurait être question, selon nous, d'une conversion, même instantanée, de la séparation de corps en divorce, quand la séparation de corps n'est pas encore prononcée. Tant que l'instance en séparation de corps est pendante, et pendante en France, il ne peut être question que d'une conversion de la demande en séparation de corps en une demande en divorce, plus précisément et plus justement, d'une demande en divorce, formée par le mari, défendeur à la séparation de corps, sur le fondement exclusif de la demande en séparation de corps intentée contre lui par sa femme, bref, d'une demande en divorce dans un cas et pour des raisons dans lequel et pour lesquelles la loi française n'admet pas le divorce. Cpr. note 2 *suprà*.]

[[33] Et par conséquent de la loi française, si les époux séparés de corps à l'étranger sont l'un et l'autre devenus Français depuis la séparation. Dans tous les cas, l'application aux deux questions visées dans les notes 27 et 28 *suprà*, du statut personnel commun des époux à la date de la demande en conversion nous paraît être la conséquence nécessaire des principes développés à la note 2 *suprà*.]

[[34] La question de savoir quelle est l'étendue des pouvoirs du juge est une question de procédure, dont la solution dépend nécessairement de la *lex fori*.]

[[35] Paris, 4 janvier 1910, *Revue* Lapradelle, 1911, 646. — Le tribunal civil et la cour de Bordeaux, 25 mars et 13 juillet 1908,

en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, pendant la durée de l'instance, soit en ce qui concerne la garde des enfants pendant la durée de l'instance ou après sa terminaison.

Ils peuvent d'ailleurs prendre, dans les termes de la loi française, lesdites mesures provisoires, même dans les cas dans lesquels ils n'ont ni qualité, ni compétence pour prononcer le divorce ou la conversion en divorce de la séparation de corps prononcée à l'étranger[36]. Arg. art. 3, al. 1.

II. — Par application de la Convention de La Haye, du 12 juin 1902, les règles qui précèdent subissent les dérogations et modifications suivantes, mais seulement au regard des époux dont l'un au moins est ressortissant de l'un des États signataires de ladite Convention, à la date [37]

paraissent, au contraire, se fonder, pour prendre ces mesures, sur les dispositions de la loi étrangère. C'est une erreur certaine.]

[[36] Voy. les arrêts cités à la note 7 *suprà*, et l'arrêt de la cour de Paris cité à la note 29 *suprà*.]

[[37] Il ne semble pas qu'il y ait lieu d'exiger que l'époux qui entend se prévaloir des dispositions de la convention du 12 juin 1902 ait été le ressortissant de l'un des États signataires de ladite Convention, soit à la date de son mariage, soit au plus tard à la date à laquelle se seraient produits les faits sur lesquels il fonderait sa demande en divorce. La Convention du 12 juin 1902 est une convention destinée à régir, dans les rapports des États qui l'ont signée, les conflits de lois et les conflits de juridictions qui peuvent s'élever, en matière de divorce ou de séparation de corps, entre leurs ressortissants. Ce n'est pas une convention constitutive d'une législation internationale sur le divorce et la séparation de corps, commune à ces États, et dont l'objet serait de modifier les règles de droit interne applicables à leurs ressortissants considérés comme particuliers. S'il en était ainsi, la discussion serait peut-être possible. Cpr. art. 1 de la Convention et la note 3 *suprà*. Cpr. également § 488, note 13. — Mais il est certain qu'il n'en est pas ainsi. D'ailleurs, il suffirait de faire remarquer que les dispositions de la Convention sur les conflits de lois et les dispositions de la Convention sur les conflits de juridictions sont indivisibles et que l'application des dispositions sur les conflits de juridictions ne saurait être subordonnée qu'à la condition que l'epoux qui les invoque soit le ressortissant de l'État signataire à la date de la demande en divorce. Les dispositions conventionnelles sur les conflits de juridictions sont en effet des dispositions conventionnelles de compétence juridictionnelle, et les règles de compétence juridictionnelle s'apprécient, en général, pour un

à laquelle se produit le litige, d'ailleurs quelconque [38] auquel il s'agit d'appliquer les règles posées par cette Convention, et dans le cas seulement où ce litige se produit devant une juridiction dudit État signataire, sise en territoire européen. Convention du 12 juin 1902, art. 9 et 10.

1° Le divorce peut être demandé en France, par application de la loi nationale commune des époux, comme il a été dit plus haut [39], alors même que les faits allégués par le demandeur ne constitueraient pas une cause de divorce aux termes de la loi française, pourvu d'ailleurs qu'en dehors de ces faits, le demandeur puisse en invoquer d'autres, qui constitueraient une cause de divorce aux termes de la loi française, alors même qu'ils ne constitueraient point une cause de divorce aux termes de la loi nationale commune des époux. Convention du 12 juin 1902, art. 2 *in fine*.

2° Les tribunaux français sont compétents pour prononcer le divorce entre étrangers, même non domiciliés en France, si la loi nationale commune de ces étrangers leur attribue compétence à cet effet. Convention du 12 juin 1902, art. 5-1°. — En sens inverse, ils sont incompétents pour prononcer le divorce entre étrangers, même domiciliés en France, si la loi nationale commune de ces étrangers attribue compétence exclusive à cet effet à leur juridiction nationale. Toutefois, ils redeviennent compétents, même dans cette hypothèse, mais, bien entendu, sous les conditions générales de compétence du droit commun [40], si le mariage qu'il s'agit de dissoudre a été contracté hors du pays d'origine des époux étrangers, dans des conditions de forme qui excluent toute instance en divorce dans ce pays. Convention du 12 juin 1902, art. 5-2° *in fine*.]

litige donné, à la date à laquelle il se produit. V. Bartin, *Études sur les effets internationaux des jugements*, I. *La compétence du tribunal étranger*, 1907, p. 8 et suiv.]

[[38] Nous visons ici la demande de conversion de la séparation de corps en divorce, dont la Convention de 1902 ne parle pas expressément.]

[[39] Cpr. notes 2 et 3 *suprà*.]

[[40] Cpr. § 748 *bis*, III.]

CHAPITRE SECOND

DU MARIAGE CONSIDÉRÉ QUANT AUX BIENS DES ÉPOUX

Sources. — *Code Napoléon*, art. 1387 à 1581. Loi des 17 juin, 2 et 10 juillet 1850, sur la publicité des contrats de mariage. — Bibliographie. — 1° Ouvrages sur l'ensemble de la matière : *Commentaire de la loi du 20 pluviôse an XII du contrat de mariage*, par Bernardi. Paris, an xiii, 1 vol. in-8. *Traité sur les engagements qui se forment sans convention et sur le contrat de mariage*, par Carrier; Paris, 1819, 1 vol. in-8. *Du contrat de mariage*, par Bellot des Minières. Paris et Poitiers, 1825, 4 vol. in-8. *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, par Ginouilhac. Paris, 1843, 1 vol. in-8. *Traité du contrat de mariage*, par Rodière et Pont, 2e éd., Paris, 1869, 3 vol. in-8. *Traité du contrat de mariage*, par Odier, Paris et Genève, 1847, 3 vol. in-8. *Du contrat de mariage*, Troplong, Paris, 1850, 4 vol. in-8. — 2° Ouvrages sur la communauté de biens entre époux : *Traité de la communauté*, par Renusson; Paris, 1723, 1 vol. in-4. *Traité de la communauté*, par Lebrun; Paris, 1755, 1 vol. in-fol. *Traité de la communauté*, par Pothier. C'est ce traité que les rédacteurs du Code Napoléon ont principalement pris pour guide; *Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft*, par J.-M. Neuss; Dusseldorf, 1809, in-8. *Systematische Darstellung der Lehre von der Gütergemeinschaft unter Eheleuten, nach Anleitung des Napoleonischen Gesetzbuchs*, par R.-F. Terlinden; Munster et Leipsick, 1810, in-8. *Traité de la communauté de biens entre époux*, par Battur; Paris, 1829, 2 vol. in-8. *Die eheliche Errungenschaft nach den Volksrechten und Rechtsbuchern des Mittelalters, verglichen mit einigen nordischen Rechstsquellen*, par J. Held; Munich, 1839, 1 vol. in-8. — 3° Ouvrages sur le régime dotal : *Traité sur la dot*, par Tessier; Paris et Bordeaux, 1835, 2 vol. in-8. *Traité du régime dotal*, par Seriziat; Paris, 1843, 1 vol. in-8. *Traité de la dot*, par Benoit; Paris, 1846, 2 vol. in-8. *Traité des biens paraphernaux*, par Benoit; Paris, 1846, 1 vol. in-8. *Régime dotal et communauté d'acquêts*, par Bellot des Minières; Paris, 1851 à 1854, 4 vol. in-8. *Questions sur la dot*, par Tessier; Paris, 1852, 1 vol. in-8.

INTRODUCTION

§ 497.

Aperçu historique.

Les pays coutumiers avaient adopté, pour le règlement des droits respectifs des époux quant à leurs biens,

un système qui s'écartait, et par son point de départ, et par ses principales combinaisons, de celui des pays de Droit écrit.

Dans ces derniers on suivait, en général, la législation romaine, qui n'admettait pas, à moins de convention spéciale, de société de biens entre époux. Les biens de la femme s'y divisaient en deux masses distinctes : la dot, dont le mari avait le domaine civil ; et les paraphernaux, dont la femme conservait la jouissance et la libre administration.

Dans les pays de coutume, au contraire, et à quelques rares exceptions près[1], il se formait entre les deux époux, par le seul fait du mariage, une communauté ou société de biens, dont l'étendue et les effets variaient cependant suivant les lieux.

Les premiers linéaments de cette communauté se rencontrent dans les anciennes coutumes germaniques. Ces coutumes plaçaient la femme sous la garde ou tutelle (*mundium*) du mari, auquel elles conféraient, avec la saisine (*gewere*) et l'administration de toute la fortune de cette dernière, la libre disposition de ses meubles, à la charge du paiement des dettes. Ces coutumes, d'un autre côté, donnaient à la femme survivante le droit de réclamer, outre le prélèvement de ses apports, une certaine portion des acquêts[2]. Il serait difficile de préciser les causes diverses sous l'influence desquelles ces premiers éléments se sont développés et transformés, pour aboutir, dans certains pays, à l'admission d'une véritable société de biens entre les époux. En France, ce fut pendant la période

[1] Au nombre des coutumes qui n'admettaient pas de plein droit la communauté de biens entre époux, nous citerons principalement la coutume de Rennes et celle de Metz. Quant à la coutume de Normandie, elle avait cela de particulier et de tout exceptionnel, que non seulement elle ne reconnaissait pas de communauté légale, mais qu'elle défendait même la stipulation d'une communauté conventionnelle. Cpr. Lebrun, chap. I; Troplong, *Préface*, p. 142 et suiv. ; Zachariæ, § 497, note 1re.

[2] Eichhorn, *Deutsche Staats und Rechtsgeschichte*, I, § 62 *b*. Walter, *Deutsche Rechtsgeschichte*, §§ 460 à 463. Zœpfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 84.

féodale, et sous l'action des statuts municipaux auxquels donnèrent naissance les chartes d'affranchissement des communes, que le régime de la communauté reçut ses développements les plus importants et sa forme définitive[3].

D'après la coutume de Paris, la communauté comprenait, d'une part, toute la fortune mobilière que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquéraient dans la suite, à quelque titre que ce fût, et, d'autre part, les conquêts immeubles, c'est-à-dire les immeubles acquis pendant le mariage, soit du fond commun et à titre onéreux, soit même à titre de donation ou de legs, à moins que la disposition n'eût eu lieu en ligne directe. Tous les autres immeubles restaient en dehors de la communauté et formaient des propres pour celui des époux auxquels ils appartenaient.

Du reste, la plupart des coutumes, et notamment celle de Paris, ne soumettaient les époux à la communauté coutumière qu'à défaut de conventions contraires de leur part. Elles leur laissaient une entière liberté pour modifier ce régime selon leurs convenances, ou même pour s'y soustraire entièrement.

Les conventions qui avaient pour objet de rejeter toute communauté de biens étaient la cause d'exclusion de communauté et celle de la séparation de biens.

Le régime que fondait la première de ces clauses concordait, en général, avec celui qui, d'après le droit romain,

[3] L'origine et les développements de la communauté de biens forment encore aujourd'hui un des points d'histoire les plus controversés. Cpr. Ginoulhiac, p. 159 et suiv.; Laferrière, *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français*, IV, p. 180 et suiv.; Pardessus, *De la loi salique*, p. 675; Klimrath, *Travaux sur l'histoire du Droit français*, I. 180, et II, 277; Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 137 et suiv.; Troplong, *Préface*, p. 116 et suiv.; Rodière et Pont, I, p. 14 et suiv.; Odier, I, 28 et suiv.; Kœnigswarter, *Études historiques sur le Droit civil français*, *Revue de législation*, 1843, XVII, p. 393; D'Olivercrona, *Précis historique sur l'origine et les développements de la communauté de biens entre époux*, *Revue historique*, 1865, IX, p. 169, 248 et 354; Schæffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, I, 264 et suiv.; Zachariæ, § 497, texte et note 2.

existait entre les époux lorsque tous les biens de la femme étaient dotaux. Il n'y avait entre ces deux régimes d'autre différence essentielle, si ce n'est que les immeubles de la femme, mariée avec exclusion de communauté, n'étaient pas frappés d'inaliénabilité, comme les fonds dotaux de la femme mariée sous le régime dotal.

La clause de séparation de biens créait une situation semblable à celle où se trouvaient des époux mariés en pays de Droit écrit, lorsque, à défaut de constitution de dot, tous les biens de la femme restaient paraphernaux.

Les deux systèmes opposés dont nous venons de retracer les principaux traits se partageaient encore la France au moment où se préparait le Code Napoléon. La commission de rédaction, dans la vue de faire disparaître cet antagonisme de législation, avait proposé d'ériger la communauté de biens en régime de Droit commun, c'est-à-dire de faire de la communauté, en l'absence de conventions matrimoniales expresses, la règle des intérêts pécuniaires des époux. L'art. 11 de son projet portait : « A défaut de conventions entre époux, il y a communauté de biens. » Cette proposition, attaquée sous divers points de vue au sein du Conseil d'État, ne fut définitivement adoptée qu'après de longs débats[1].

Le parti auquel on s'est arrêté se justifie au point de vue moral ou philosophique, comme à celui de l'utilité sociale et de la pratique. Il respecte la liberté des conventions et laisse les époux parfaitement maîtres de choisir le régime dotal ou tout autre, de préférence à celui de la communauté. Au fond, la communauté de biens, qui unit et confond les intérêts pécuniaires des époux, est plus conforme que le régime dotal, qui tend à diviser et à séparer leurs intérêts matériels, à l'institution du mariage et à la nature des rapports que, dans les idées chrétiennes, cette institution est destinée à établir entre les époux. Le système de la communauté est aussi plus favorable au crédit et d'une application plus simple et plus facile que

[1] Cpr. Locré, *Lég.*, XIII, p. 127, 146 et suiv., p. 202 et suiv.

le système dotal, qui fait naître, à chaque instant, les complications les plus sérieuses.

Il convient d'ailleurs de remarquer qu'il ne s'agissait pas, à vrai dire, d'une préférence à donner à l'un des systèmes sur l'autre : le débat ne pouvait, en réalité, porter que sur le point de savoir si, en l'absence de contrat de mariage, les époux seraient considérés comme ayant tacitement établi une communauté de biens plus ou moins étendue, ou si, au contraire, ils seraient présumés avoir voulu maintenir, même pendant le mariage, une séparation complète de leurs biens et de leurs intérêts; et la question, réduite à ces termes, n'était plus susceptible d'une sérieuse controverse.

Ce point réglé, il restait à s'entendre sur l'étendue de la communauté légale quant aux biens qui, pour la propriété même, entreraient dans la formation de la masse commune, ou qui en demeureraient exclus. Les rédacteurs du Code crurent devoir, à l'exemple de la coutume de Paris, restreindre la communauté légale au mobilier des époux et aux immeubles conquêts, alors cependant que leur point de départ les conduisait naturellement à faire entrer dans la communauté tous les biens des époux sans distinction. La communauté universelle répond seule, d'une manière complète, à l'idée de l'union des époux par le mariage. On devait d'autant moins hésiter à ériger cette communauté en régime de Droit commun, que l'exclusion des immeubles et leur réserve au profit de chacun des époux n'a plus, dans notre législation actuelle, de raison d'être, et se trouve en désaccord avec les conditions économiques de la société moderne[5]. Dans l'ancien Droit, cette réserve était logique; elle se rattachait au système des propres de succession, et rentrait dans cet ensemble de règles et

[5] Zachariæ, § 498, texte *in fine*. — Une proposition en ce sens avait été faite au sein du Conseil d'État; mais elle fut écartée par la considération qu'il importait de ne pas rompre des habitudes établies. Locré, *Lég.*, XIII, p. 184 et suiv. — MM. Rodière et Pont (I, 343) et Troplong (I, 341) se prononcent, d'après des considérations qui ne nous, paraissent pas décisives, en faveur du système adopté par le Code Napoléon.

d'institutions qui, toutes, tendaient à la conservation des biens dans les familles; mais notre législation nouvelle, on le sait, a rompu avec ces tendances et ces traditions. Il y a plus; en présence de l'accroissement prodigieux de la richesse mobilière, et alors que la fortune de beaucoup de familles consiste uniquement en valeurs de cette nature, le système qui, tout en excluant de la communauté les immeubles des époux, y fait tomber leur mobilier, même futur, conduit souvent à d'injustes inégalités et à des résultats que ni les époux ni leurs familles respectives n'eussent d'avance acceptés, s'ils les avaient prévus.

[Depuis la quatrième édition de cet ouvrage, cette contradiction entre les dispositions du Code civil sur la composition active de la communauté légale et le développement de la fortune mobilière, n'a fait que s'accentuer. Aussi, de bons esprits considèrent-ils aujourd'hui la communauté réduite aux acquêts comme le régime légal de l'avenir, quelles que soient les difficultés de preuve quant aux apports des conjoints, auxquelles son fonctionnement comme régime légal pourrait donner lieu [5] *bis*.]

§ 498.

De l'ordre suivi dans la rédaction du titre du contrat de mariage.

Le projet du titre *Du contrat de mariage*, présenté par la Commission de rédaction, se composait de trois chapitres : le premier, contenant quelques dispositions générales; le second, portant règlement de la communauté légale; et le troisième, traitant des conventions qui peuvent modifier cette communauté, ou l'exclure complètement. Le troisième chapitre se divisait en deux sections : l'une, consacrée aux conventions ayant pour objet d'exclure la communauté; l'autre, aux stipulations tendant simplement à la modifier. La première de ces sec-

[[5] *bis*. Cpr. Tissier, *La communauté d'acquêts envisagée comme régime de droit commun* (*Revue Bourguignonne*, 1901).]

tions s'occupait : de la clause portant que tous les biens de la femme seront dotaux; de la stipulation qu'ils seront tous paraphernaux; de la déclaration que les époux se marient sans communauté; de la clause de séparation de biens; enfin, de la stipulation mixte, suivant laquelle les biens de la femme sont pour partie dotaux et pour partie paraphernaux. L'art. 123 du projet permettait d'ailleurs, quelle que fût la combinaison adoptée par les époux, de stipuler que les biens dotaux de la femme seraient inaliénables.

Cette distribution des matières était rationnelle, et en quelque sorte commandée par l'indication de la communauté de biens, comme régime du Droit commun. Le cadre d'ailleurs était complet; comme la faculté, laissée aux parties, de déclarer inaliénables les biens dotaux de la femme, leur donnait le moyen de s'approprier, à leur choix, l'une ou l'autre des combinaisons que comporte le régime dotal, la Commission de rédaction n'avait point à s'occuper séparément de ce régime, comme parallèle à celui de la communauté. Enfin, les dispositions du projet, en évitant des redites, présentaient l'avantage de soumettre à des règles uniformes des situations qui, en réalité, ne diffèrent point entre elles.

La Section de législation du Conseil d'État modifia profondément le travail de la Commission de rédaction. Considérant comme contraire à l'intérêt public, la faculté réservée aux époux de déclarer inaliénables les biens dotaux de la femme, elle la supprima par l'art. 138, ainsi conçu: « Les immeubles constitués en dot, même dans « le cas du présent paragraphe (*régime exclusif de « communauté*), ne sont point inaliénables. Toute conven- « tion contraire est nulle. »

L'apparition du projet de la Section de législation, qui, allant jusqu'à prescrire toute stipulation d'inaliénabilité des biens de la femme, sacrifiait entièrement le régime dotal à celui de la communauté, souleva les plus vives réclamations de la part des populations, dont la suppression de ce régime froissait les mœurs et brisait les habitudes. Afin de calmer les esprits, en donnant, dans une

certaine mesure, satisfaction à ces réclamations, le Conseil d'État prit le parti de déclarer formellement que les deux régimes étaient maintenus (art. 1391), et d'organiser le régime dotal dans un chapitre particulier. Cet expédient était prudent, sans doute; mais en s'y arrêtant, on s'exposait au double inconvénient de se condamner à de fréquentes répétitions, et de poser des règles distinctes, pour des situations qui, au fond, offrent une complète analogie.

§ 499.

De l'interprétation du titre du contrat de mariage.

Les explications données aux deux paragraphes qui précèdent conduisent à adopter, pour l'interprétation du titre *Du contrat de mariage*, les règles suivantes :

1° Les dispositions relatives à la communauté de biens doivent êtres interprétées d'après le Droit coutumier, et plus particulièrement dans le sens de la coutume de Paris. Celles qui concernent le régime dotal doivent l'être d'après le Droit romain, en tenant compte, toutefois, des modifications apportées à cette législation par notre ancienne jurisprudence[1].

2° Il n'y a pas lieu de combiner entre elles, pour les interpréter et les compléter les unes par les autres, les règles que tracent les art. 1530 à 1534 sur l'administration, la jouissance, la disposition et la restitution des biens de la femme mariée sans communauté, et les dispositions des art. 1549 à 1573, qui statuent sur les biens dotaux de la femme mariée sous le régime dotal[2].

[1] Zachariæ, § 499, texte et note 1re.

[2] Nous prenons ici le contre-pied de l'opinion de Zachariæ, qui enseigne (§ 499, texte et note 2, et § 531, texte et note 15) que les dispositions des art. 1530 à 1535, et celles des art. 1549 à 1573, peuvent et doivent, en général, être complétées les unes par les autres. Cette opinion, que nous avions reproduite sans observation dans nos deux premières éditions, et qui est également professée par MM. Rodière et Pont (III, 2067 et suiv.), nous a paru, après mûr examen, aussi erronée à son point de départ que fausse dans les applications particulières auxquelles elle conduit. La position res-

L'application de ces dernières dispositions doit être restreinte au régime dotal, à l'exception seulement de celles qui ne renfermeraient, comme, par exemple, les art. 1562, 1566, al. 1er, 1567 et 1568, que de simples applications des principes sur l'usufruit et l'administration de la fortune d'autrui [2 *bis*]. C'est ainsi, en particulier, que

pective d'époux mariés sans communauté présente, il est vrai, sauf l'aliénabilité des biens de la femme, une analogie parfaite avec celle dans laquelle se trouvent les époux mariés sous le régime dotal, quand tous les biens de la femme sont constitués en dot. Dans l'une et l'autre hypothèse, en effet, le mari a l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme. Mais cette analogie, qui, nous le reconnaissons, existe au fond des choses, ne suffit point pour justifier la règle d'interprétation proposée par Zachariæ. C'est la règle contraire qui découle logiquement et forcément des prémisses posées aux §§ 497 et 498. Le régime simplement exclusif de communauté a toujours été distingué du régime dotal; pratiqué dans les pays de Droit coutumier, il y avait ses règles propres, et c'est sous cette forme particulière qu'il a passé dans le Code Napoléon. Vouloir étendre à ce régime, sous prétexte de compléter les dispositions légitimes qui le règlent, les principes particuliers au régime dotal, c'est, à notre avis, se mettre en opposition tout à la fois avec la tradition historique et avec l'ensemble des faits relatifs à la rédaction du titre *Du contrat de mariage*. La pensée de la Commission de rédaction avait été, sinon de proscrire le régime dotal, du moins de le considérer simplement comme le résultat d'une clause exclusive de communauté; et il est digne de remarque que les art. 114 et 115 du projet, qui s'en occupaient à ce point de vue, et qui depuis sont devenus les art. 1530 à 1534 du Code Napoléon, n'avaient reproduit aucun des principes particuliers à la dot que les rédacteurs des art. 1549, 1565, 1570, 1571 et 1573 ont plus tard empruntés au Droit écrit. Si la pensée de la Commission de rédaction avait été maintenue, personne n'eût pu songer à étendre [au] régime simplement exclusif de communauté, telle ou telle règle établie pour le régime dotal. Qu'importe après cela que le Conseil d'État ait jugé convenable d'ajouter au projet un chapitre particulier consacré au régime dotal? Cette résolution n'autorise, en aucune façon, l'alliage des principes du Droit écrit avec les règles coutumières, reproduites dans les art. 1530 à 1534. Loin de là, elle repousse ce procédé, puisqu'elle a eu précisément pour objet de conserver le régime dotal avec son existence propre et ses règles particulières. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, III, 153, et IV 480; Troplong, III, 2234; Duranton, XV, 267, 299 et 300; Odier, II, 944 et 970; Marcadé sur les art. 1529 à 1532, n° 1.

[2 *bis*. C'est à ce titre que nous admettons l'application de

l'al. 2 de l'art. 1549, l'al. 3 de l'art. 1565, l'al. 2 de l'art. 1570, les art. 1571 et 1573, ne peuvent être étendus au cas de simple exclusion de la communauté[3].

3° Les clauses d'un contrat de mariage par lequel les époux établissent une communauté de biens, ne dérogent aux règles de la communauté légale qu'autant que les parties ont clairement manifesté l'intention de s'en écarter, ou que la dérogation résulte des effets attribués par la loi aux conventions qu'elles ont arrêtées. Art. 1528.

4° Une quatrième règle d'interprétation, mais qui ne découle plus des explications données aux §§ 497 et 498, concerne spécialement les art. 1536 à 1539, rapprochés des art. 1448 à 1450. Les dispositions contenues dans ces deux séries d'articles sur la séparation de biens conventionnelle et la séparation judiciaire, peuvent, en général, être réciproquement interprétées et complétées les unes par les autres[4].

Du reste, il n'est ici question que de l'interprétation et de l'application de la loi même. S'il s'agissait de rechercher les sens des clauses d'un contrat de mariage, on devrait, avant tout, s'attacher à la commune intention des parties, d'autant plus que la loi laisse aux futurs époux la plus grande liberté pour régler, comme ils l'entendent, leurs intérêts pécuniaires[5].

§ 500.

De la dot.

1° La dot, dans le sens propre de ce mot, est le bien que la femme apporte au mari, soit en propriété, soit

l'art. 1551 au régime sans communauté. Voy. § 531, note 12. Nous l'admettons aussi, pour la même raison, dans la communauté réduite aux acquêts (§ 522, notes 30 à 32), mais, pas plus dans la communauté réduite aux acquêts que dans le régime sans communauté, nous n'admettons l'application de l'art. 1569. Cpr. § 523, note 28.]

[3] Cpr. § 531, texte n° 2 [notes 27 et 28, pour les art. 1569 et 1570] et § 540, note 55 [pour l'art. 1573.].

[4] Duranton, XV, 306. Zachariæ, § 499, texte et note 4.

[5] Battur, II. 393. Zachariæ, § 499, texte et note 5.

en jouissance seulement, pour lui aider à supporter les charges du mariage. Art. 1540.

Les biens dont la femme conserve et la propriété et la jouissance se nomment paraphernaux, quand les époux sont mariés sous le régime dotal. Art. 1574. Il n'existe pas de terme spécial pour les désigner lorsque les époux sont communs en biens, ou que, sans se soumettre au régime dotal, ils ont exclu la communauté[1].

La clause de séparation de biens et la déclaration de paraphernalité de tous les biens de la femme sont, de leur nature, exclusives de toute idée de dot.

Sous le régime de la communauté, et sauf stipulation contraire, tous les biens de la femme sont dotaux, soit quant à la propriété, soit au moins quant à la jouissance[2]. Tous les biens de la femme sont également dotaux, mais quant à la jouissance seulement, lorsque les époux ont exclu la communauté, sans toutefois se séparer de biens. Art. 1530. Enfin, sous le régime dotal, la dot se compose exclusivement des biens que la femme s'est constitués, ou qui lui ont été donnés en contrat de mariage : ses autres bien demeurent paraphernaux. Art. 1541.

Quoique la dot soit, sous ces divers régimes, soumise à des règles différentes, elle présente toujours le caractère fondamental indiqué par l'art. 1540. Cpr. art. 1409, n° 5, et 1530.

Dans un sens plus étendu, le terme *dot* s'applique également aux biens donnés au futur époux, en vue de son établissement par mariage. Les règles qui vont être développées sous les numéros suivants sont, en géné-

[1] Les termes *biens personnels* de la femme, qu'on lit aux art. 1413 et 1417, y sont employés pour désigner les biens dont la femme conserve la propriété, mais qui tombent dans la communauté pour la jouissance, et qui constituent, par conséquent, des biens dotaux quant à cette jouissance.

[2] La dot de la femme commune en biens est plus spécialement appelée *apport*, quand on la considère comme mise sociale, et qu'il s'agit de savoir si la femme peut la reprendre, et de quelle manière elle peut en exercer la reprise. Cpr. art. 1501, 1502, 1511 et 1514. Le terme *apport* s'applique également aux biens du mari dans le sens qui vient d'être indiqué. Zachariæ, § 500, texte et note 3.

ral, communes à la dot du mari et à celle de la femme[3].

2° La dot est le plus souvent constituée par les parents des époux ou par des étrangers; mais rien n'empêche que la femme ne se constitue une dot sur ses biens personnels.

Le père et la mère ne sont pas civilement obligés de fournir une dot à leurs enfants. Art. 204. Mais ils sont, à cet égard, soumis à une obligation naturelle[4]. En promettant une dot, ils sont censés l'avoir fait en exécution de cette obligation, qui pèse également sur l'un et sur l'autre. De là résultent les conséquences suivantes:

a. La promesse d'une dot déterminée[5] faite par le père ou la mère en vue d'un mariage qui s'est réalisé de leur agrément, est valable et obligatoire, quoiqu'elle ne soit consignée que dans un acte sous seing privé[6].

[3] Cpr. Toullier, XII, 316; Duranton, VIII, 528, et XIV, 296; Rodière et Pont, I, 97 et 112.

[4] Arg. art. 204. En se bornant à dénier à l'enfant toute action contre ses père et mère, pour un établissement par mariage ou autrement, c'est-à-dire à lui refuser, sous ce rapport, la [sanction] complète du Droit positif, l'art. 204 indique virtuellement, par cela même, que ces derniers sont soumis à cet égard à une obligation naturelle. Toullier, XII, 325. Troplong, II, 1208 et 1210, IV, 3067. Zachariæ, § 509, texte et note 33. Req. rej., 14 juin 1827, Sir., 27, 1, 474. Cpr. § 297, texte n° 2, et note 8. [Je dois ajouter ici, en mon nom personnel, que je ne puis entièrement souscrire à la formule à laquelle MM. Aubry et Rau se sont arrêtés, aussi bien dans la présente note que dans la note 8 du § 297. L'obligation pour les parents de doter leurs enfants ne me paraît pas rigoureusement correspondre à la définition et présenter les caractères de l'obligation naturelle classique. Il est certain, par exemple, que la femme dotale peut aliéner l'immeuble dotal pour établir ses enfants, Art. 1555 et 1556, notamment en leur constituant une dot. Cpr. § 537, note 105. Elle ne pourrait cependant pas aliéner l'immeuble dotal, par application de l'art. 1558, pour s'acquitter d'une obligation naturelle. Cpr. § 537, note 119. E. B.]

[5] Nous disons *déterminée*, car la promesse d'une dot indéterminée, eût-elle même été faite par contrat de mariage, serait à considérer comme non avenue. Art. 1129. Cpr. L. 1, C, *De dot. prom.* (5, 11) : L. 69, § 4, D. *De jure dot.* (23, 3).

[6] En effet, une obligation naturelle peut servir de cause à une obligation civile; et l'engagement contracté en vue d'accomplir une pareille obligation, ne constituant point une libéralité

b. La dot promise par le père et la mère, ou par l'un d'eux, doit, à moins de stipulation contraire, être prise sur leur patrimoine respectif, encore que l'enfant doté possède des biens personnels. Art. 1546 et arg. de cet article[7].

c. Les père et mère, qui ont constitué conjointement une dot, sans déterminer la part pour laquelle ils entendaient y contribuer, en sont tenus chacun pour moitié, sous quelque régime qu'ils soient mariés, et encore que la dot ait été promise en effets propres à l'un d'eux. Art. 1438 et 1544, al. 1. Si la dot constituée conjointement par le père et la mère est fournie en biens propres à l'un d'eux, celui-ci devient créancier de l'autre pour la moitié de la valeur de ces biens[8].

d. La dot promise conjointement par les père et mère communs en biens doit, quoique elle ait été fournie en effets de communauté, être rapportée, non à la communauté, mais pour moitié à chacune des deux successions[9].

sujette aux formalités des donations, est valable, quoique contenu seulement dans un acte sous seing privé. Voy. § 297, texte n° 3, lett. *c*, et note 21. Cpr. cep. Req. rej., 30 décembre 1842, Sir., 43, 1, 335. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 96. D'après ces auteurs, une obligation naturelle *ne serait mise en évidence et ne deviendrait efficace que par le paiement effectif ou par une donation régulière en la forme.* C'est là, croyons-nous, une grave erreur.

[7] Quoique l'art. 1546 soit placé sous le chapitre qui traite du régime dotal, il doit cependant, à raison de la généralité du motif sur lequel est fondée sa disposition, être apppliqué sans distinction du régime sous lequel sont mariés les père et mère qui ont constitué la dot. La même observation s'applique à l'art. 1545 et au second alinéa de l'article 1544. Duranton, X, 368. Rodière et Pont, I, 97. Zachariæ, § 534, note 5.

[8] Rodière et Pont, I, 101. Troplong, II, 1233 et suiv. Bordeaux, 6 décembre 1833, Sir., 34, 2, 243. — Quel serait l'effet d'une constitution de dot faite par les père et mère, chacun pour moitié seulement, mais avec engagement solidaire de la payer à des termes convenus? Voy. Montpellier, 30 mai 1866, Sir., 67, 2, 16.

[9] Comme l'obligation naturelle de doter est personnelle au père et à la mère et ne constitue point une dette de communauté, ils sont censés, lors même que la dot a été fournie en effets de la communauté, avoir doté *de suo*. Par suite, la moitié de la dot est rapportable à la succession de chacun d'eux. La Cour de Cassation (Civ. cass., 31 mars 1846, Sir., 46, 1, 337) a fait une application

e. La femme mariée sous le régime de la communauté, qui a doté un enfant commun, conjointement avec son mari, sans exprimer que la dot serait exclusivement prise sur les biens communs, ou qu'elle n'entendait s'obliger qu'en qualité de commune en biens[10], est tenue personnellement au paiement de la moitié de la dot. Elle ne peut s'affranchir de cette obligations envers l'enfant doté, en renonçant à la communauté, et quand la dot a été fournie par la communauté, la femme qui renonce doit indemnité au mari ou à ses héritiers, pour la moitié de la dot[11].

La constitution de dot faite par le père seul n'engage pas la mère, lors même qu'il a déclaré constituer la dot pour droits paternels et maternels, et que la mère a été présente au contrat. En pareil cas, la dot demeure entière à la charge du père. Art. 1544, al. 2, et arg. de cet article [[11 *bis*]]. Toutefois, si les père et mère étaient communs en biens, la mère serait, en cas d'acceptation de la communauté, tenue de supporter la moitié de la dot, à moins que le mari n'eût déclaré qu'il s'en chargeait pour le tout, ou, ce qui reviendrait au même, qu'il ne l'eût promise en biens personnels, ou en avancement d'hoirie sur sa propre succession[12]. Art. 1439.

Réciproquement, la constitution de dot faite par la mère seule, même avec l'autorisation du père, n'engage pas ce dernier, à moins qu'ils ne soient mariés sous le régime de la communauté, auquel cas le père est tenu, comme

fort remarquable de cette règle dans une espèce qui présentait de grandes singularités.

10 Cpr. Agen, 23 mars 1865. Sir., 65, 2, 191.

11 Pothier, n° 655. Duranton, XIV, 285. Rodière et Pont, I, 102. Troplong, II, 1220 et suiv. Zachariæ, § 509, texte *in fine*. Paris, 6 juillet 1813, Sir., 14, 2, 116. Bourges, 29 juillet 1851, Sir., 53, 2, 345. Cpr. cep. Bordeaux, 17 janvier 1854, Sir., 54, 2, 513.

[11 *bis*. Cass., 22 déc. 1880, Sir., 1881, 1, 321. La quittance de l'enfant doté, dressée au profit de ses père et mère, ne saurait constituer une preuve suffisante et l'engagement personnel de celle-ci. Il ne saurait y avoir là qu'une simple présomption. Art. 1353. Cpr. sur la valeur à l'égard des tiers des énonciations des actes authentiques, § 755, texte et note 65.]

12 Toullier, XIII, 320, Rodière et Pont, I, 105. Douai, 6 juillet 1853, Sir., 55, 2, 117.

chef de la communauté, du paiement de la dot, sauf son recours tel que de droit[13].

Lorsque le survivant des père et mère a constitué une dot pour biens paternels et maternels, sans spécifier les portions, la dot se prend d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé, et, pour le surplus, sur les biens du constituant. Il n'y a pas, à cet égard, de distinction à faire entre le cas où la part de l'enfant dans la succession du père ou de la mère prédécédé dépasserait la moitié de la dot, et le cas où elle serait inférieure à cette moitié. Art. 1545.

Que si le survivant avait constitué la dot sur les biens du prédécédé seulement, ou si, en la constituant pour biens paternels et maternels, il avait fixé les portions contributoires de ces deux classes de biens, et que la succession du prédécédé fût insuffisante pour le paiement de la dot ou de la portion constituée sur cette succession, le constituant serait tenu personnellement du complément de la dot en principal et intérêts [14].

La clause par laquelle le père et la mère, en dotant conjointement leur enfant, stipulent que la dot est, en totalité, constituée par avancement d'hoirie sur la succession du premier mourant d'entre eux, ou, ce qui revient au même, qu'elle sera pour le tout imputable sur cette succession, est parfaitement licite, et lie l'enfant doté, aussi bien que les constituants l'un à l'égard de l'autre. Elle a pour effet de faire considérer le survivant des père et mère comme étant resté étranger à la constitution dotale, et de résoudre tout

[13] Art. 1409, n° 2, 1419 et 1469. Cpr. § 509, texte n° 4, lett. *b*, et note 45; Rouen, 27 mai 1854, Sir., 55, 2, 17. Voy. en sens contraire : Troplong, II, 846 et 1231.

[14] On présume que le survivant des père et mère, qui, mieux que les futurs époux, devait connaître la fortune du prédécédé, a entendu accomplir son obligation naturelle de doter, dans la mesure de ce qu'il aurait à fournir pour compléter la dot par lui fixée et constituée. Tessier, I, p. 135. Benoît, I, 57. Rodière et Pont, I, 100. [Pau, 3 janvier 1887, Sir., 1889, 2, 100.]

[15] Toullier, XII, 336; Duranton, XV, 366. Bellot des Minières, I, p. 567, Rodière et Pont, I, 109. Voy. aussi l'arrêt de cassation cité à la note 18 *infrà*.

engagement de sa part[15]. De ces propositions découlent les conséquences suivantes:

a. Si le père ou la mère vient à décéder avant que la dot ait été délivrée, l'enfant n'a d'action que contre la succession de celui de ses parents qui est décédé le premier[16].

b. Que si la dot a été délivrée du vivant des père et mère, l'enfant est obligé de la rapporter en totalité à la succession du premier mourant[17], à moins qu'il ne renonce à cette succession, auquel cas il peut la retenir, mais seulement jusqu'à concurrence de la portion disponible[18].

c. Quelle que soit la perte que l'enfant puisse éprouver dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, il n'a aucun recours à exercer contre le survivant de ses père et mère [[18] *bis*].

D'un autre côté, le survivant a droit à une indemnité

[16] Toullier, *loc. cit.* Tessier, I, 140. Rodière et Pont, *loc. cit.* [Cpr. cependant la note de M. Esmein, *in fine*, sous l'arrêt de Cass., 2 mai 1899, Sir., 1900, 1, 81.]

[17] La Cour de Paris (10 août 1843, Sir., 43, 2, 544) avait décidé que la clause portant que *la dot serait imputée en totalité sur la succession du prémourant* est à considérer comme ayant été uniquement stipulée dans l'intérêt de l'époux survivant, et que, dès lors, étrangère à l'enfant doté, elle ne pouvait avoir pour effet de l'astreindre à rapporter la totalité de la dot à la succession du prémourant. Cette interprétation, qui tendait à établir de profondes différences entre la clause conçue dans les termes qui viennent d'être rappelés et la stipulation portant que *la dot est pour le tout constituée en avancement sur l'hoirie du prémourant*, ne nous avait pas paru acceptable. Comment, en effet, admettre que, vis-à-vis du survivant, la succession du prémourant puisse avoir à fournir ou à supporter la dot en totalité, sans que cette dot soit aussi pour la totalité rapportable à cette succession, ou imputable sur la quotité des biens dont le prémourant a pu disposer, et, le cas échéant, réductible à cette quotité? Aussi la Cour de Paris est-elle revenue sur sa première jurisprudence. Paris, 16 mars 1850, Sir., 50, 2, 321. Cpr. Orléans, 24 mai 1848, Sir., 50, 2, 146.

[18] Civ. cass., 11 juillet 1814, Sir., 14, 1, 279.

[[18] *bis*. Cass., 3 juillet 1872, Sir., 1872, 1, 201. Voy. en sens contraire la note de M. Labbé. La Cour de Cassation a d'ailleurs persisté dans son interprétation. Cass., 27 avril 1904, Sir., 1905, 1, 81.]

sur la succession du prédécédé, lorsque la dot a été fournie, soit en biens à lui propres, soit en effets ou valeurs de la communauté.

Du reste, la clause dont il s'agit n'empêche pas que le père et la mère ne soient tenus actuellement, quoique sous éventualité de résolution, et chacun pour sa part, au paiement de la dot. L'enfant est donc en droit, tant qu'ils vivent tous les deux, d'exiger, de l'un et de l'autre, le paiement de la moitié de la dot [19]. Il y a mieux : lorsque l'un des constituants a fourni, sur ses biens personnels, la totalité de la dot, il peut, au cas de séparation de biens, en demander, dans la liquidation, la bonification pour moitié, sauf report ultérieur de la totalité sur la succession de celui des deux qui viendra à mourir le premier [20] [et [20] *bis*]. Par la même raison, si la dot avait été fournie en valeurs de la communauté, le mari pourrait, au cas de séparation de biens et de renonciation de la femme à la communauté, réclamer, dans la liquidation, une indemnité pour la moitié de la dot, sauf encore règlement définitif au décès de l'un d'eux.

[La clause sur laquelle nous venons de raisonner peut d'ailleurs être complétée par les parties, dans le contrat de mariage ou dans une contre-lettre au contrat de

[19] Rodière et Pont, I, 107. Orléans, 21 mai 1848, Sir., 50, 2, 146. [Cass., 13 novembre 1882, Sir., 1883, 1, 289, note Labbé.]

[20] Bourges, 29 juillet 1851, Sir., 53, 2, 345. Paris, 6 novembre 1854, Sir., 55, 2, 607. [Cass., 13 novembre 1882, Sir., 1883, 1, 289 (note Labbé). Réserve faite, bien entendu, des mesures de garantie à prendre, et que peut exiger, du conjoint qui a payé au delà de sa part la dot constituée par moitié, l'autre conjoint auquel est demandée, en cas de séparation de biens, la bonification prévue au texte. Cass., 13 novembre 1882, précité.]

[[20] *bis*. Il semble d'ailleurs que, dans le cas où le conjoint prédécédé qui doit être rétroactivement considéré comme ayant été seul débiteur de la dot, a obtenu, lors de la séparation de biens et de la liquidation qui l'a suivie, bonification provisoire de la moitié de la somme constituée en dot, il se trouve, à son décès, vis-à-vis du conjoint survivant et des créanciers de celui-ci, débiteur, du jour de la séparation de biens, de l'intérêt de la moitié dont il a obtenu provisoirement bonification, dans la liquidation qui a suivi la séparation de biens. Cass., 27 avril 1904, Sir., 1905, 1, 81. Cpr. cependant, sur ce point, la fin de la note de M. Esmein, *loc. cit.*]

mariage, par une clause additionnelle aux termes de laquelle la constitution de dot faite en avancement d'hoirie sur la succession du prémourant s'impute subsidiairement, pour le cas où l'émolument recueilli par l'enfant doté dans la succession du prémourant serait inférieur au montant de la constitution de dot, sur la succession du survivant.

L'effet de cette clause est de maintenir l'obligation du survivant [20] *ter*, dans la mesure de l'excédent de la constitution de dot sur l'émolument recueilli par l'enfant doté dans la succession du prédécédé [20] *quater*.]

[[20] *ter*. L'interprétation littérale de la clause additionnelle sur laquelle nous raisonnons conduirait à décider que l'enfant doté, pour le cas où le rapport qu'il aurait fait de la constitution de dot à la succession du prédécédé à laquelle il serait venu comme héritier, pareillement pour le cas où la réduction qu'il aurait subie en conséquence de sa renonciation à la succession du prédécédé, lui enlèverait une fraction quelconque de la constitution de dot à lui consentie conjointement et solidairement par ses père et mère, ne pourrait s'en prendre, pour se récupérer de la perte qu'il aurait subie, du chef du rapport ou de la réduction, qu'à la succession du survivant; qu'il devrait dès lors subir provisoirement cette perte, jusqu'à l'ouverture de la succession du survivant. La cour de Paris avait admis cette interprétation, par un arrêt du 12 juin 1896, Sirey, 1900. 1, 81 (note Esmein), qui fut cassé, très justement, selon nous, le 2 mai 1899. La Cour d'Orléans (28 mars 1900, S., 1900, 2, 168) s'est rangée à une interprétation différente, moins littérale et plus conforme à l'esprit de la clause additionnelle que nous supposons. L'enfant doté peut donc se retourner contre le survivant des père et mère, dès qu'il a subi la perte résultant du rapport ou de la réduction. Le plus souvent, d'ailleurs, il pourra invoquer dans ce but, indépendamment de l'interprétation que nous venons de donner de cette clause additionnelle, l'obligation de garantie qui pèse sur le survivant des père et mère. Art. 1440. Tel était précisément le cas dans l'hypothèse successivement soumise à la Cour de Paris et à la Cour d'Orléans, mais nous pensons qu'il y a là deux droits distincts, et que l'enfant doté pourrait agir contre le survivant des père et mère, en se fondant sur les termes mêmes de la clause additionnelle, même à supposer qu'il ne pût, en fait, invoquer en outre l'obligation de garantie, ou que cette obligation ne s'étendît pas jusqu'où l'obligation directe du survivant des père et mère s'étendrait.]

[[20] *quater*. Le rapport dû par l'enfant doté à la succession du conjoint prédécédé se fait dans les conditions du droit commun, ce qui signifie qu'il est dû au cohéritier de l'enfant doté, qui peut-être n'a

Le régime sous lequel s'est marié l'enfant qui a reçu une dot est sans influence sur l'application des règles qui viennent d'être développées. [Ces règles nous paraissent d'ailleurs applicables, non seulement à la constitution de dot sur laquelle nous raisonnons, dans le présent paragraphe, mais encore à l'établissement de l'enfant en dehors du mariage, au sens des art. 1555 et 1556, et de l'art. 1427 [20] *quinquiès.*]

3° A moins de convenance contraire, soit expresse, soit implicite [21], les sommes d'argent promises en dot portent, de plein droit, intérêts du jour du mariage, encore que les parties aient stipulé des termes de paiement. Les fruits naturels ou civils d'autres objets constitués en dot sont également dus, de plein droit, à partir de ce jour. Art. 1440, 1548 et arg. de ces articles.

La circonstance qu'une créance improductive d'inté-

---

pas été doté lui-même, mais non pas aux créanciers du constituant prédécédé. Art. 857. L'enfant doté conservera donc nécessairement une fraction de la constitution de dot, et cette fraction représente l'émolument qu'il retire de la succession du constituant prédécédé et qui est soustrait aux créanciers de ce dernier par application de l'art. 857. Il se retournera ensuite, pour le surplus seulement, contre le survivant des père et mère. Cass., 28 novembre 1910, Dall., 1912, 1, 5 (note Capitant). — Une interprétation toute différente de la clause sur laquelle nous raisonnons avait été donnée par la Cour de Paris, dans la même affaire, le 20 mars 1907 : c'est l'arrêt qui a été cassé le 28 novembre 1910. La succession du prémourant étant insolvable, l'enfant doté ne retire aucun émolument de ladite succession : il est donc réputé avoir été doté pour le tout par le survivant, et si, en fait, la dot a été payée en effets de communauté, le survivant, dont la communauté se trouve avoir ainsi payé la dette, doit à ladite communauté une récompense, dont les créanciers de la communauté se partageront, au marc le franc, l'émolument. — Cette interprétation serait peut-être exacte, si la clause additionnelle sur laquelle nous raisonnons était elle-même accompagnée d'une autre, qui se rencontre actuellement dans la pratique notariale, et aux termes de laquelle l'enfant doté ne doit jamais le rapport effectif à la succession du prémourant. Mais nous raisonnons au texte sur la clause additionnelle d'imputation subsidiaire, sans aucune addition.]

[[20] *quinquiès*. Cpr. § 509, note 27.]

[21] Zachariæ, 500, texte et note 12. Cpr. Civ. cass., 13 mars 1827, Sir., 27, 1, 444.

rêts, et non encore exigible, a été indiquée, même dans le contrat de mariage, comme devant servir au paiement d'une dot promise en argent, n'a pas, en général, à elle seule, pour effet de dispenser les constituants de l'obligation de servir les intérêts de la dot[22]. Mais la règle qui fait courir les intérêts de plein droit de toute somme d'argent promise en dot serait sans application au cas où une créance non productive d'intérêts aurait fait, comme telle, l'objet direct et principal d'une constitution dotale[23].

Lorsque la dot comprend des objets qui ne produisent ni fruits naturels ou industriels, ni fruits civils, le retard apporté à la délivrance de ces objets ne peut donner lieu, contre les constituants, qu'à une demande en dommages-intérêts dans les termes du Droit commun[24].

Malgré la faveur de la dot, les intérêts de la somme promise à ce titre sont soumis à la prescription de cinq ans, établie par l'art. 2277[25].

4° Toute personne qui a constitué une dot est, de plein droit, tenue à garantie pour l'éviction des biens, corporels ou incorporels, qui en forment l'objet. Art. 1440 et 1547[26]. Cette obligation pèse sur la femme elle-même lorsque, en se mariant sous le régime dotal, elle s'est constitué certains objets individuellement déterminés[27].

[22] Cpr. Civ. rej., 7 juillet 1835. Sir., 35, 1, 914.

[23] Delvincourt, III. p. 403. Bellot des Minières, IV, p. 53. Tessier, I, 167. Benoît, I. 158. Rodière et Pont, I, 128. Troplong, II, 1255. Zachariæ, § 500, note 11. Voy. en sens contraire : Toullier, XIV. 97.

[24] Rodière et Pont, *loc. cit.* Troplong, II, 1256.

[25] Troplong. *De la prescription*, II, 1025. Tessier, I, 166. Benoît, nos 191 et suiv. Rodière et Pont, I, 131. Limoges, 26 janvier 1828, Sir., 29, 2, 31. Bordeaux, 8 février 1828, Sir., 28, 2, 116. Agen, 18 novembre 1830, Sir., 32, 2, 57. Toulouse, 12 août 1834, Sir., 35, 2, 207. Toulouse, 14 décembre 1850, Sir., 51, 2, 102.

[26] La garantie de la dot, qui, en principe, n'aurait pas lieu de plein droit, si l'on ne considérait la constitution dotale que dans la personne du constituant (cpr. § 310), a été admise en faveur du mariage, et à raison des charges qui doivent en résulter pour les futurs époux.

[27] Il ne pourrait être question de la garantie de la dot de la part de la femme, si la dot portait sur l'universalité ou sur une quote-part de ses biens. Rodière et Pont, I, 124. Zachariæ, § 500, texte et notes 9 et 10.

La garantie de la dot constituée à la femme, soit par ses parents, soit même par un tiers, est due à la femme elle-même, aussi bien qu'au mari [28]. Mais l'objet et l'étendue de la garantie ne sont pas toujours les mêmes pour les deux époux : ils se déterminent d'après les droits que les conventions matrimoniales attribuent à chacun des conjoints sur l'objet dont ils se trouvent évincés.

L'action en garantie peut être exercée, non seulement pendant le mariage [[28] *bis*], mais encore après sa dissolution, soit qu'il existe des enfants, soit qu'il n'en existe pas [29]. Elle n'est pas exclusivement attachée à la personne des époux, et passe à leurs héritiers, même collatéraux [30].

Les dispositions qui règlent les effets de l'obligation de garantie en matière de vente ou de cession, s'appliquent, par analogie, à la garantie de la dot, toutefois avec les modifications qui résultent forcément de la circonstance que l'époux reçoit la dot sans payer de prix et sans fournir aucune contre-valeur. Lorsqu'il s'agit de l'éviction d'une chose corporelle, la valeur à bonifier aux époux est celle que la chose avait au moment de la célébration du mariage [31] [et [31] *bis*]. Quant aux créances déclarées nulles ou non existantes, l'indemnité à payer

[28] Duranton, XV, 375. Bellot des Minières, I, p. 568. Benoît, I, 80. Tessier, I, p. 193. Rodière et Pont, I, 112. Odier, III, 1145. Troplong, II, 1250. Zachariæ, § 500, note 8. Civ. rej., 22 nivôse an x, Sir., 2, 1, 200.

[[28] *bis*. Même s'il s'agit de l'action en garantie dirigée par le mari contre la femme. Bordeaux, 29 février 1874, S., 1874, 2, 133.]

[29] Voy. les autorités citées à la note [28]. Cpr. cep. Delvincourt, III, p. 102; Seriziat, n° 52.

[30] En l'absence de dispositions contraires, on doit s'en tenir à la règle de la transmission de tous les droits et actions du défunt, à ses héritiers quels qu'ils soient. Troplong, II, 1251. Rodière et Pont, I, 112. Ces derniers auteurs ont rétracté l'opinion contraire qu'ils avaient émise dans leur première édition.

[31] La disposition de l'art. 1631 est sans application possible à la constitution de dot. L'époux évincé a le droit à la réparation de la perte que l'éviction lui a fait éprouver, et ne peut rien réclamer au delà : or, cette perte se détermine par la valeur de la chose au moment de l'éviction. Rodière et Pont, I, 119.

[[31] *bis*. Cpr. § 501, texte et notes 8 *bis* et suiv.]

aux époux est de la somme que, dans la supposition d'une créance réelle, et eu égard à la position de fortune du débiteur, ils eussent pu recouvrer sur lui [32].

5° Les dispositions que renferme le contrat de mariage ou la loi sur la consistance de la dot ne peuvent, pendant le mariage, être modifiées, ni directement ni indirectement par les époux eux-mêmes. Art. 1395. La question de savoir si des tiers peuvent, en faisant une donation aux époux ou à l'un d'eux, y apposer des conditions qui s'écarteraient de ces dispositions, doit être résolue diversement, selon le régime sous lequel les époux sont mariés. Cpr. art 1401, n° 1, et 1543.

[6° La clause du contrat de mariage aux termes de laquelle la célébration du mariage vaudra, au profit du constituant, quittance de la dot par lui promise, est licite [32] *bis*.

Elle signifie que le constituant est présumé, jusqu'à preuve contraire seulement, tant vis-à-vis de la future épouse ainsi dotée que vis-à-vis du futur époux, avoir payé, le jour du mariage au plus tard, la dot ainsi promise [32] *ter*.

La preuve contraire peut être administrée, tant par le mari, vis-à-vis du constituant ou de la femme, que par la femme elle-même vis-à-vis du constituant, tant par la preuve testimoniale que par les présomptions de l'homme. Art. 1348].

[32] Rodière et Pont, I, 116. — C'est évidemment à tort que M. Seriziat (n° 51) enseigne que le constituant doit garantir la solvabilité actuelle et future d'un débiteur de la créance constituée en dot.

[[32] *bis*. Cass., 14 décembre 1875. Sir., 1877, 1, 31.]

[[32] *ter*. Cass., 22 août 1882, Sir., 1883, 1, 25; Cass., 7 mai 1884, Sir., 1885, 1, 28; Nancy, 7 novembre 1896, Dall., 1897, 2, 46. Voy. en sens contraire un arrêt de la Cour de Dijon, 7 mai 1862. Sir., 1863, 2, 34, qui interprète la clause sur laquelle nous raisonnons en ce sens qu'elle a pour objet et pour effet de créer une présomption irréfragable du payement de la dot. Non seulement cette interprétation nous paraît inexacte, mais même nous doutons fort qu'une clause expresse de ce genre soit licite.]

[§ 500 *bis*.]

[*Des biens réservés de la femme mariée et des pouvoirs qui lui appartiennent sur eux.*]

D'après la loi du 13 juillet 1907[1], une distinction doit être faite, dans le patrimoine de la femme mariée, entre les biens

[[1] La loi du 13 juillet 1907 comprend deux parties de caractère très différent, et son intitulé le fait bien ressortir. Les art. 1 à 6 donnent à la femme mariée des droits d'administration et de disposition sur les biens qui proviennent de son travail (biens réservés) : ce sont là des dispositions faites pour la femme mariée par opposition au mari, quels que soient d'ailleurs la condition sociale de la femme et le caractère de son travail. Les art. 7 à 9 établissent, au contraire, au profit de chacun des époux, un droit de saisie-arrêt sur les salaires et les produits du travail de l'autre, sur lequel nous nous sommes expliqué au § 472 *bis*. Quant aux art. 10 et 11, ce sont des dispositions générales applicables tant à l'institution visée par les art. 1 à 6 qu'à l'institution visée par les art. 7 à 9 de la loi. — La loi de 1907 comprend donc deux parties bien distinctes, et cela suffit, selon nous, à justifier la division que nous avons cru devoir faire de l'une et de l'autre dans l'agencement matériel de notre exposition (§ 472 *bis* pour les art. 7 à 9, §§ 500 *bis*, 509, 517, 522 pour les art. 1 à 6). — Mais nous reconnaissons volontiers qu'il ne faudrait pas exagérer la différence des deux institutions que la loi de 1907 organise, car, si leur objet est différent, leur but est le même. Il s'agit, sous deux points de vue, et par deux procédés dont l'élaboration législative a accentué la différence, comme on le verra plus loin, d'assurer, soit par la liberté laissée à la femme, soit par la contrainte de l'un des époux par l'autre, l'application aux dépenses du ménage des produits du travail de chacun d'eux. Cela est si vrai que la saisie-arrêt entre époux (art. 7 à 9) n'est que la transformation d'une disposition de la première des propositions de loi qui avaient pour objet l'établissement du système des biens réservés. (Proposition Jourdan, 1894, art. 3.) Cette disposition ne conférait qu'à la femme le droit de saisir-arrêter les salaires du mari ; l'esprit de cette disposition était donc manifestement le même que celui du système des biens réservés. La proposition fut amendée et le droit de saisie-arrêt devint réciproque, dans le texte voté par la Chambre des députés en 1896. Mais le droit de saisie-arrêt y était subordonné, tant en ce qui concerne le mari qu'en ce qui concerne la femme, à des conditions extrinsèques, d'ailleurs différentes pour l'un et pour l'autre. Toutes ces restrictions ont disparu du texte définitif voté en 1907, et le droit de saisie-arrêt est devenu parfaitement réciproque dans la personne des deux époux. L'institution de la saisie-arrêt s'est donc nettement détachée de celle des biens

qui proviennent exclusivement de son travail personnel[2] autorisé par le mari[3], pendant le mariage[4], et tous les autres.

réservés, dont on vient de voir qu'on peut cependant dire, en un certain sens, qu'elle est issue. Il reste d'ailleurs, dans le texte même de la loi de 1907, une preuve de l'identité du but poursuivi, dans les deux cas, par le législateur de 1907. Le droit pour les créanciers du mari, qui le sont devenus dans l'intérêt du ménage, de saisir les biens réservés de la femme, doit être rapproché du droit réciproque de chacun des époux de saisir-arrêter, dans l'intérêt du ménage, les salaires de l'autre. — Il y a lieu, en définitive, pour l'interprétation et l'application de la loi de 1907, tant sous le point de vue du droit interne que sous le point de vue du droit international, de faire leur part à deux idées différentes et même contradictoires: 1° le système des biens réservés et le droit de saisie-arrêt sont, quant à leur objet, des institutions nettement séparées. Le système des biens réservés se rattache au régime des biens entre époux, et la saisie-arrêt, à la réglementation des effets du mariage et des obligations qui en résultent. Cpr. notes 3, 10, 37 à 41 *infrà*; 2° le système des biens réservés et le droit de saisie-arrêt sont au contraire, quant à leur but, des institutions voisines l'une de l'autre, et de même nature; nous en tirerons d'importantes conséquences quant à la détermination de la condition juridique des biens réservés, aux §§ 509, 517 et 522.]

[[2] Provenant exclusivement de son travail personnel, par opposition au cas où ces biens proviendraient du travail commun des deux époux. La loi de 1907 n'est pas faite pour cette hypothèse. Art. 1-3°. Cpr. art. 387, C. civ., art. 5, § 2, Cod. comm. Lalou, p. 58.]

[[3] La loi du 13 juillet 1907 n'a pas supprimé, selon nous, la nécessité de l'autorisation maritale pour la femme qui veut exercer une profession ou se livrer à une occupation quelconque en dehors de la direction du ménage. Cette loi modifie, sans doute, de la façon la plus grave, dans ses art. 1 à 6, la situation de la femme au point de vue des biens, et par suite le fonctionnement du régime matrimonial des conjoints, quel qu'il soit, mais elle n'a touché aux effets du mariage en dehors du régime des biens, que dans les art. 7 à 9, et elle y a touché seulement pour organiser une sanction nouvelle de l'une des obligations qui en résultent. Dès lors, si elle a atténué ou même supprimé l'incapacité de la femme dans la mesure où cela était nécessaire pour modifier, comme il a été dit plus haut, le fonctionnement du régime matrimonial, c'est-à-dire dans la mesure où il s'agit pour la femme de faire emploi ou de disposer de ses biens réservés, à supposer qu'elle ait pu en acquérir, cela ne signifie nullement qu'à tous autres points de vue, elle ait atténué, en quoi que ce soit, l'incapacité de la femme, en tant que cette incapacité se rattache au principe de l'art. 213. Cpr. § 472, note 5. Lalou, n° 15. Guyot, p. 85.]

[[4] On avait proposé, au cours de la discussion de la loi du 13 juillet

1° Les biens qui proviennent du travail personnel de la femme comprennent : 1° tous ceux dont l'acquisition a pour cause juridique le travail de la femme, tels que les salaires, gages, appointements, traitements ou honoraires, droits d'auteur[5], et les créances qui les représentent; 2° tous ceux qui peuvent être considérés comme l'accessoire des précédents, tels que les indemnités de résidence ou de déplacement, les commissions, avantages en nature ou gratifications usuelles; 3° tous ceux dont l'acquisition résulte directement du travail de la femme, encore que ce travail n'en soit pas la cause juridique[6], tels que les bénéfices commerciaux ou industriels[7];

1907, de comprendre dans les biens réservés de la femme les produits de son travail avant le mariage. Cette proposition a été rejetée. V. Lalou, p. 85.]

[5 Voy. en sens contraire : Lyon-Caen, *Bulletin de la Soc. d'Études législatives*, 1908, 254. Mais voy. Lalou, n° 18, et les autorités citées.]

[6 C'est pour cela que nous comprenons dans les biens réservés même les gains de la femme qui proviendraient de l'exercice d'une industrie illicite, par exemple d'un commerce de remèdes secrets. Avant 1907, des profits de ce genre faisaient, selon nous, partie de la communauté (*non obstat*, Cass., 5 février 1873, Sir., 1873, 1, 289, qui statue sur une hypothèse toute différente). Cpr. § 507 et Paris, 4 août 1909, *Gaz. du Palais*, 1909, 2, 571. Après 1907, ils continuent donc à faire partie de la communauté, mais comme, selon nous, les biens réservés ne sont eux-mêmes, toutes choses égales d'ailleurs, que des biens communs dont la loi de 1907 a réglementé à nouveau l'administration et la disposition (cpr. § 507), il n'y a pas de raison pour que les gains, même illicites, que nous visons dans cette note, ne fassent pas partie de la communauté en qualité de bien réservés, au lieu d'en faire partie en qualité de biens communs ordinaires.]

[7 L'application de cette règle se fera sans difficulté, si l'on suppose que le fonds de commerce a été acquis avec des biens réservés et que tous les capitaux qui y sont engagés sont pareillement des biens réservés. Le bénéfice industriel ou commercial est alors dans sa totalité un produit du travail personnel de la femme. Mais il pourra arriver que l'acquisition du fonds ait été faite et que les capitaux nécessaires à l'exploitation aient été constitués avec des deniers d'une tout autre origine, avec des deniers propres à la femme, avec des deniers de la communauté ou du mari, avec des deniers empruntés à des tiers. Comme il est manifeste, dans cette dernière hypothèse, qu'une part des bénéfices réalisés reviendra au tiers prêteur sous la forme de l'intérêt qui lui sera servi aux termes de

4° tous ceux qui proviennent indirectement du travail de la femme, en ce sens qu'ils sont et pourvu qu'ils soient la

la convention intervenue entre lui et la femme, la question se pose pareillement de savoir s'il ne faut pas, dans les autres hypothèses, retrancher des biens réservés, et comprendre dans la communauté une part des bénéfices correspondant à l'intérêt des capitaux fournis à la femme par la communauté ou le mari, ou même pris sur ses propres. Un passage du rapport de M. Guillier au Sénat (*Journ. officiel*, 1907, Sénat, *Annexe n°* 77, p. 9) semble bien pouvoir être invoqué, dans cette hypothèse, en ce sens que les bénéfices industriels ou commerciaux de la femme restent intégralement des biens réservés, et qu'il n'y a par conséquent pas lieu d'en déduire l'intérêt du capital engagé, pour le faire rentrer, comme bien commun ordinaire, dans la communauté. Voy. en ce sens : Guyot, p. 237. Sans méconnaître les avantages de simplification, dans les comptes de la communauté, du mari, de la femme et des créanciers de l'un et de l'autre, que cette solution assurerait, nous doutons fort qu'elle soit exacte. Outre qu'il est choquant de distinguer entre l'hypothèse où les capitaux nécessaires à l'acquisition ou à l'exploitation du fonds de commerce proviennent de la communauté, des propres du mari ou de ceux de la femme, et celle où ces capitaux ont été fournis par un tiers auquel un intérêt, nécessairement prélevé sur les bénéfices, sera servi, nous ferons remarquer que cette doctrine rendrait possible et même facile, dans les rapports des époux et des tiers, les fraudes les plus dangereuses, le mari pouvant ainsi faire passer de la communauté dans les biens réservés des sommes importantes, revenus des biens communs ou des propres, au détriment des créanciers de la communauté. Ces créanciers d'ailleurs pourraient-ils s'y opposer, — soit en exerçant les droits et actions de leur débiteur, la communauté, sur les biens réservés (ce qui est au moins douteux, si l'on part de l'idée que la femme ne doit aucun compte à la communauté des bénéfices par elle réalisés dans l'exploitation du fonds de commerce qui fait partie de ses biens réservés), — soit en agissant par l'action paulienne pour faire rétracter, dans les conditions du droit commun, l'acte par lequel les capitaux qui devaient rester dans la communauté sont allés alimenter les biens réservés? Nous considérons comme bien peu pratique une doctrine qui pourrait avoir comme conséquence de soulever des questions pareilles, dont la solution affirmative n'apporterait jamais qu'un remède aléatoire à des fraudes qu'il n'est que trop aisé de prévoir. Il est à peine besoin d'ajouter que, dans les rapports des époux entre eux, cette doctrine ne modifierait pas moins gravement les prévisions du régime matrimonial, sans que la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales pût, semble-t-il, s'y opposer. — On a répondu sans doute qu'il appartiendrait à cet égard, au notaire qui rédigerait le contrat de mariage, d'y prévoir l'hypothèse

compensation prévue de la cessation temporaire ou définitive de son travail, tels que les pensions de retraite, les indemnités dues en vertu de la loi du 9 avril 1898 [8], ou même en vertu de l'art. 1382 [9], par le patron ou l'assureur du patron, à raison d'un accident du travail dont la femme aurait été victime, et même les indemnités dues pour rupture du contrat de louage de services qui la liait

sur laquelle nous raisonnons, et de fixer au profit de la communauté un taux d'intérêt ou même de participation aux bénéfices réalisés par la femme dans le fonds de commerce qui fait partie de ses biens réservés. V. Guyot, p. 239. — Nous répondrons d'abord qu'il serait singulier qu'il fût nécessaire de recourir à la convention pour assurer, quant aux biens réservés, par une clause du contrat de mariage, le fonctionnement de la règle impérative de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais il y a plus : on oublie, en raisonnant de la sorte, que la détermination des biens réservés, par opposition aux biens communs, est aussi impérativement faite par la loi de 1907 que la détermination des moyens de preuve dont la femme dispose pour en établir la consistance ou la détermination des pouvoirs qu'elle a sur eux. Cpr. note 23 *infrà*. Il n'est donc pas douteux, selon nous, que la femme doit à la communauté, sur ses bénéfices commerciaux, bonification de l'intérêt au taux légal en matière de commerce, des capitaux que la communauté lui a fournis. L'opinion contraire du rapporteur de la loi de 1907 au Sénat, doit, à notre avis, lui rester personnelle, et cela est d'autant plus certain que les termes du passage de son rapport sur lequel l'opinion contraire à la nôtre s'appuie, s'appliqueraient, si on les prenait à la lettre, non seulement au cas où les capitaux dont dispose la femme lui ont été fournis par la communauté, mais encore à celui où ils lui ont été fournis par un tiers, ce qui est manifestement faux.]

[8 « Cette indemnité représente une partie de la diminution de la capacité de travail que la femme subit après l'accident : elle remplace donc, pour l'ouvrière, le salaire que son infirmité ne lui permet plus de gagner. » Lalou, n° 37. Trib. Seine, 26 mars 1908, Dall., 1909, 2, 17. — Il en serait de même, croyons-nous, de l'indemnité due par le patron ou son assureur, en conséquence d'une soumission volontaire du premier au risque professionnel, aux termes de la loi du 18 juillet 1907. Cpr. § 470 *bis*, note 7.]

[9 M. Lalou pense (n° 27) qu'il en serait autrement de l'indemnité due à la femme en vertu de l'art. 1382. Nous préférons assimiler, sous ce point de vue, comme nous l'avons fait pour l'explication de l'art. 7 de la loi du 13 juillet 1907 (cpr. § 470 *bis*, note 7), l'indemnité due en vertu de la loi du 9 avril 1898 et l'indemnité due en vertu de l'art. 1382.]

envers un tiers; 5° enfin les économies réalisées par elle sur les produits de son travail, tels qu'ils viennent d'être définis.

2° Sur les biens réservés, la femme, même séparée de fait[10], a les mêmes pouvoirs d'administration que la

[10] Nous avons admis, § 470 *bis*, note 18, que la loi du 13 juillet 1907 s'appliquait, dans l'hypothèse d'une séparation de fait, au moins en ce qui concerne les art. 7 à 9 (saisie-arrêt entre époux), au profit de celui des époux que l'autre refuse de rejoindre ou de recevoir. Nous admettons pareillement que la séparation de fait reste sans influence sur l'application des art. 1 à 6 (biens réservés) au profit de celui des époux qui n'est pas en faute, et il semble bien que cela ne soit pas sérieusement contestable. Cass., 1er fév. 1909. Dal., 1909, 1, 85. — Mais on peut se demander s'il ne faudrait pas aller plus loin, et maintenir l'application des art. 1 à 6, à la différence de ce que nous avons admis pour les art. 7 à 9, même au profit de la femme qui refuserait de rejoindre son mari, même au profit du mari qui refuserait de recevoir sa femme (au profit de la femme, en ce qui concerne ses pouvoirs, art. 1 et art. 6, ou ses droits, art. 5, § 2 et 3, sur ses biens réservés; au profit du mari, en ce qui concerne la faculté de retrait de l'art. 2). La question ne laisse pas que d'être fort délicate. Les art. 7 à 9 de la loi de 1907 se rattachent à l'art. 212, dont ils ne sont que la mise en œuvre, et il résulte évidemment de là qu'ils ne peuvent être invoqués que dans la mesure où l'art. 212 peut être invoqué lui-même, c'est-à-dire, en cas de séparation de fait, par l'époux innocent contre l'époux en faute. Cpr. § 470 *bis*, note 18 *in fine*. Mais le système des biens réservés (art. 1 à 6 de la loi) ne se rattache pas à l'art. 212, ou du moins ne s'y rattache pas aussi étroitement que la procédure de la saisie-arrêt entre époux, et l'on comprendrait dès lors que la séparation de fait, dans quelques conditions qu'elle fût intervenue, où qu'on l'envisageât, restât rigoureusement sans influence sur son fonctionnement. Cette solution nous paraît s'imposer, en tant qu'on envisage les rapports de la femme avec les tiers. Si la séparation de fait ne supprime pas, par elle-même et à elle seule, les pouvoirs de la femme sur ses bien réservés, et c'est ce qu'il est bien difficile d'admettre pour le cas où la séparation est indépendante de la volonté de la femme, elle ne les supprime pas, même si c'est la femme qui refuse de rejoindre son mari. Les tiers pourront-ils faire la différence, et peut-on raisonnablement leur demander de la faire? Cpr. art. 1, al. 4. — Mais si la situation de la femme vis-à-vis des tiers reste nécessairement la même en cas de séparation, même si la séparation est due à sa seule volonté, pouvons-nous donner une solution différente en ce qui concerne les autres dispositions de la loi de 1907 qui régissent les biens

femme séparée de biens possède sur ses biens quelconques non dotaux [11].

Notamment, elle peut faire emploi, sans l'autorisation de son mari, de ses biens réservés, en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières généralement quelconques, et ce, alors même que son contrat de mariage aurait exclu dudit emploi telles ou telles valeurs déterminées. Elle ne peut, cependant, acquérir ou créer un fonds de commerce, même avec ses biens réservés, sans l'autorisation de son mari [12]. Elle peut, d'ailleurs, aliéner à titre onéreux ou grever de droits réels ses meubles corporels ou incorporels, en tant qu'ils font partie de ses biens réservés.

Elle peut, en outre [13], sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les immeubles ainsi acquis : elle peut consentir sur ces immeubles tous les droits réels dont

réservés? Outre qu'on peut dire que toutes ces dispositions se tiennent, qu'elles constituent un système indivisible, il serait facile d'indiquer, pour chacune d'elles, des situations dans lesquelles leur application s'impose, même au profit de l'époux dont la volonté seule maintient la séparation. Cela est particulièrement vrai de la faculté de retrait qui appartient au mari. Art. 2. Nous nous arrêtons dès lors à cette conclusion, que l'application de la loi du 13 juillet 1907, en ce qui concerne les biens réservés (art. 1 à 6), est complètement indépendante de la question de savoir si les époux sont ou non séparés de fait, et dans quelles conditions ils le sont. A cet égard, il y a une différence entre l'application des art. 1 à 6 (biens réservés) et celle des art. 7 à 9 (saisie-arrêt entre époux).]

[[11] Cpr. § 516, notes 54 à 59.]

[[12] Acquérir ou créer un fonds de commerce, ce n'est pas seulement disposer de la somme que cette acquisition ou cette création représente, c'est aussi devenir commerçant, c'est-à-dire exercer une profession, et une profession qui modifie, à certains égards, de la façon la plus sérieuse, la condition de la personne qui s'y livre. Il y a lieu, par conséquent, de réserver l'application du principe de l'incapacité de la femme. Cpr. note 3 *suprà*. Thaller [4], n° 172 *bis*. Lalou, n° 15.]

[[13] Sur ce point, le système de la loi de 1907 est complètement différent et reste dès lors distinct de celui du Code civil sur la séparation de biens. On en conclura qu'il ne saurait être question, pour le cas où le mari serait présent à la vente que ferait la femme d'un bien réservé, et y consentirait, de lui appliquer l'art. 1450-2°.]

ils sont susceptibles [14], pareillement enfin, constituer sur eux un bien de famille.

Mais elle ne peut disposer entre vifs à titre gratuit, même pour doter ou établir un enfant [15], de ses biens réservés, meubles ou immeubles, que dans les conditions du droit commun.

Elle peut, d'ailleurs, sans l'autorisation de son mari, contracter librement avec les tiers [16], cautionner une dette,

[[14] On a contesté que la femme puisse librement hypothéquer ses biens réservés, en argumentant de ce que la faculté d'aliéner qui lui est reconnue par l'art. 1 § 3, ne doit pas plus comprendre celle d'hypothéquer, que la faculté d'aliéner les immeubles dotaux reconnue à la femme par le contrat de mariage contenant adoption du régime dotal ne comprend elle-même celle d'hypothéquer. Cpr. § 537, note 60. V. Depinay, *Revue du notariat*, 1908, 169. Cette interprétation restrictive nous paraît inexacte, parce qu'elle établit une corrélation injustifiable entre les biens réservés, dont la loi a voulu en principe, assurer à la femme la libre disposition, et les biens dotaux, pour lesquels la convention ne maintient cette faculté que par dérogation à la dotalité stipulée.]

[[15] Il n'y a pas lieu d'argumenter ici des art. 1555 et 1556. C. Civ. Nous repoussons l'analogie des biens réservés et des biens dotaux. Cpr. note 14 *suprà*. Quant au caractère d'acte à titre onéreux de la constitution de dot, nous pouvons d'autant moins accepter qu'on l'invoque ici, que nous ne l'admettons pas dans les rapports du constituant et de l'enfant doté. Cpr. § 313, note 27.]

[[16] N'y aurait-il pas lieu de faire une réserve, et d'exiger l'autorisation maritale, quand il s'agit pour la femme de faire un contrat d'édition? Le contrat d'édition, indépendamment des obligations personnelles qu'il fait naître à la charge de la femme, et dont l'exécution sera, sans difficulté, poursuivie sur ses biens réservés, indépendamment de l'aliénation qui y est faite d'un droit mobilier, le droit de propriété littéraire ou artistique, qui fait partie, sans aucun doute, de ses biens réservés, a pour conséquence de livrer à la publicité, et par suite à la critique, la personnalité morale de la femme, et aussi, le plus souvent (réserve faite de l'hypothèse de l'anonymat), le nom qu'elle porte. Il semble dès lors qu'on puisse exiger ici, après comme avant, l'autorisation maritale. Voy. en ce sens : Harmand, *Bulletin de la Soc. d'Études législatives*, 1908, 258 : voy. en sens contraire : Lalou, n° 42. Cette argumentation nous paraîtrait particulièrement forte s'il s'agissait d'une première publication. Cpr. Cass., 11 novembre 1907, Dall., 1908, 1, 25. — Nous ajouterons, en sens inverse, que s'il s'agissait pour la femme, non plus de disposer, par la voie de l'édition, de la propriété littéraire ou artistique de son œuvre, mais de s'assurer, par les procédés du droit

le débiteur principal fût-il son mari[17], sauf au créancier à ne pouvoir se venger, en cas d'inexécution de ses obligations, que sur ses biens réservés, en faisant, comme il sera dit au § 509, la preuve de la consistance et de l'origine de ceux qu'elle entend saisir à ce titre.

Le droit de poursuite des créanciers de la femme, antérieurs ou postérieurs au mariage, le droit de poursuite des créanciers du mari, en tant que la dette par lui contractée envers eux l'aurait été dans l'intérêt du ménage, seront expliqués au § 509.

La femme peut ester en justice, sans l'autorisation de son mari, dans toutes les contestations auxquelles peuvent

commun, le monopole industriel d'une invention, d'un modèle ou d'un dessin, la solution serait toute différente, et l'autorisation maritale inutile, réserve faite, bien entendu, de ce qui a été dit et prévu à la note 12.]

[[17] Le rapporteur de la loi de 1907 à la Chambre des députés, M. Viollette, a formellement exprimé, dans son rapport, l'opinion contraire (*Journ. officiel*, Chambre, *Doc. parlem.*, 1907. *Annexe* n° 1128). Nous ne pensons pas que le législateur l'ait partagée (voy. *Rapport* au Sénat, *annexe* n° 77, p. 15), et nous ne saurions nous-même la partager. Outre qu'il serait singulier, comme on l'a fait observer (Lalou. n° 54. Guyot, p. 111), que la loi de 1907, qui se rattache manifestement au mouvement contemporain de l'émancipation des femmes, pût avoir pour effet de ressusciter la vieille incapacité velléienne, fondée sur l'idée, depuis longtemps abandonnée, de la *fragilitas sexus*, nous avons, d'autre part, trop nettement écarté toute analogie entre les biens réservés et les biens dotaux pour souscrire à l'opinion de M. Viollette. Cpr. notes 14 et 15 *suprà*. Nous ferons observer, d'ailleurs, que ce qui enlève toute autorité à cette opinion, c'est que son auteur admet que l'engagement de la femme dans l'intérêt de son mari serait entaché d'une nullité d'ordre public (nullité absolue) : ni l'incapacité velléienne, ni surtout la dotalité, ne conduirait à une sanction aussi rigoureuse, à laquelle le jurisconsulte dont nous parlons n'a pu songer que parce qu'il rattache la nullité dont il frappe l'engagement de la femme, dans cette hypothèse, au caractère impératif des dispositions de la loi de 1907, Il y a là, à notre avis, une confusion. L'art. 1 de la loi de 1907 interdit bien à la femme de renoncer au bénéfice de ses dispositions. Mais il ne s'agit là, comme nous l'expliquons à la note 36 *infrà*, que de la renonciation de la femme dans son contrat de mariage, renonciation à laquelle on ne saurait en aucun cas, selon nous, assimiler l'engagement pris par la femme dans l'intérêt de son mari.]

donner lieu les droits qui lui sont reconnus sur ses biens réservés [18].

Elle peut ester en justice, c'est-à-dire faire tous actes judiciaires ou extrajudiciaires intéressant ses biens réservés, le tout, bien entendu, dans la mesure où les règles du droit commun lui permettent de recourir à telle ou telle procédure pour la sauvegarde ou la sanction de ses droits [19].

Elle peut, sans l'autorisation de son mari, transiger et compromettre sur eux.

3° Dans le cas où la femme entend faire emploi de ses biens réservés ou en disposer, comme il a été dit plus haut, il lui appartient d'établir, vis-à-vis de tiers avec lesquels elle veut traiter dans ce but, son droit de disposer, sans l'autorisation de son mari, de la somme dont elle veut faire emploi, des meubles ou des immeubles qu'elle veut aliéner ou grever de droits réels.

Il faut et il suffit, pour cela, qu'elle prouve, soit par un acte de notoriété, soit par tout autre moyen de preuve, mais pourvu, dans ce cas, que la convention qu'elle fait mentionne ce moyen de preuve [20], qu'elle exerce actuellement [21] une profession distincte de celle de son mari.

[[18] Toutefois, ne pouvant disposer de ses biens réservés, sans l'autorisation de son mari, pour faire le commerce (cpr. note 12 *suprà*), elle ne peut plaider non plus, à l'occasion de son commerce, sans l'autorisation de son mari. Thaller[4], n° 172 *bis*.]

[[19] Par exemple, à supposer qu'un créancier de son mari ait fait saisie-arrêt sur un tiers de sommes à elle dues et comprises dans ses biens réservés, elle peut bien intervenir dans l'instance en validité de saisie-arrêt pour y défendre ses droits, mais elle ne peut se pourvoir en référé pour obtenir du président l'autorisation de toucher, sur sa seule quittance et nonobstant la saisie-arrêt sus-indiquée, les sommes à elle dues. Paris, 19 mars 1908. Dall., 1909, 2, 21.]

[[20] C'est une hypothèse de preuve intrinsèque. Cpr. art. 504 et § 127, note 12. — Voy. encore § 651, note 8, § 568 *ter*, note 14, et § 572, note 16.]

[[21] Actuellement, c'est-à-dire à une date contemporaine de l'acte qu'elle fait (Lalou, n° 21), sans quoi, la preuve qu'elle traite sur ses biens réservés ne résultera plus, au profit du tiers qui accepte de traiter avec elle, des procédés singulièrement commodes de justification dont se contente l'art. 1. Dans ce cas, la question de savoir si

Il n'est pas nécessaire qu'elle prouve qu'elle exerce cette profession avec l'autorisation de son mari ; il n'est pas non plus nécessaire qu'elle prouve qu'elle n'a pas été l'objet de la procédure de retrait de pouvoirs dont il sera question ci-après ; il n'est pas davantage nécessaire qu'elle prouve que la somme, le meuble, ou l'immeuble dont elle entend disposer fait partie de ses biens réservés [22].

elle a traité sur ses biens réservés ou non, se présentera à l'occasion du litige qui s'élèvera, quant à la validité de l'acte qu'elle a fait, entre le tiers avec lequel elle a traité, d'une part, elle-même, le mari ou les créanciers de la communauté, d'autre part, et l'art. 4 de la loi de 1907 sera seul applicable, à l'exclusion de l'art. 1. Lalou, n° 21. — Ceci posé, dans l'hypothèse où le tiers avec lequel elle a traité entend se prévaloir, conformément à l'art. 1, de l'acte de notoriété ou du moyen de preuve, généralement quelconque, mentionné dans la convention, qui établit qu'à la date à laquelle il a traité avec elle, elle exerçait bien une profession distincte de celle de son mari, la validité de l'acte passé dans ces conditions dépend du point de savoir si la date de cet acte correspond à celle de l'exercice par la femme d'une profession distincte de celle de son mari. Dans les rapports du tiers avec la femme, qui soutiendrait que la date de l'acte intervenu entre elle et lui est fausse, que cet acte a été réellement passé à une date où elle n'exerçait pas ou n'exerçait plus la profession distincte de celle de son mari, que visent l'acte de notoriété ou les moyens de preuve généralement quelconques mentionnés dans l'acte, c'est à la femme qu'il incombera de prouver que la date apparente de l'acte est fausse. Art. 1322. Cpr. § 127, note 3, § 140, note 29, § 756, note 106. Nous examinerons au § 509 la question des rapports du tiers avec le mari sous ce point de vue, et aux §§ 517 et 522 celle des rapports du tiers avec les créanciers de la communauté.]

[[22] Le système de preuve organisé par la loi du 13 juillet 1907 est double: 1° dans les rapports de la femme avec les tiers avec lesquels elle veut traiter, soit pour faire emploi des sommes comprises dans ses biens réservés, soit pour disposer des biens ainsi acquis, soit enfin pour s'obliger, l'art. 1, § 4, nous paraît seul applicable; 2° dans les rapports de la femme avec toutes autres personnes, c'est-à-dire avec son mari ou ses héritiers, qui veulent comprendre dans la communauté un bien qu'elle considère, au contraire, comme un bien réservé : avec les créanciers de la communauté, qui prétendent saisir, pour dettes communes, un bien qu'ils considèrent comme commun, alors qu'elle le considère comme un bien réservé, l'art. 4, selon nous, est seul applicable. Voy. en ce sens : Lalou, n°s 21 et 22. — Ces textes laissent, d'ailleurs, en

La justification que la femme exerce une profession distincte de celle de son mari suffit, nonobstant toute

dehors de leurs prévisions, les questions de preuve qui s'élèvent quand les créanciers de la femme, ou les créanciers du mari (qui le sont devenus dans l'intérêt du ménage, saisissent un bien qu'ils considèrent comme un bien réservé et que la femme considère comme un propre sur lequel elle n'a pu valablement s'engager sans autorisation. — Ceci posé, si nous admettons avec M. Lalou que l'art. 1, § 4 est seul applicable aux rapports de la femme et des tiers avec lesquels elle veut contracter, tandis que l'art. 4 régit exclusivement le cas où la question de la preuve de la consistance et de la provenance des biens réservés se pose entre la femme, le mari, ses héritiers ou les créanciers de la communauté, nous n'admettons pas que ce soit pour les raisons qu'en donne M. Lalou. Nous ne pensons pas que l'art. 1, § 4 s'applique à la première hypothèse parce que cette première hypothèse ne soulève qu'une question de capacité, fort différente, d'après M. Lalou, de la question de la consistance et de la provenance des biens réservés, que soulève seule l'hypothèse prévue et régie par l'art. 4. Selon nous, dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'établir l'existence d'une certaine capacité de la femme, qui a pour mesure les opérations que la femme peut faire (art. 1, § 4) ou a pu faire (art. 4) sur certains biens, ou les poursuites qu'elle peut subir sur certains biens (art. 1, § 4), les réclamations et les poursuites qu'elle est en droit d'écarter par rapport à certains biens (art. 4). — Nous tirerons aux §§ 509, 517 et 522, les conséquences de cette doctrine en ce qui concerne les situations régies par l'art. 4. Nous n'examinerons dans la présente note que la situation prévue par l'art. 1, § 4. De droit commun, si l'art. 1, § 4 ne disposait pas comme il dispose, la solution de la difficulté qu'il a pour objet serait fort simple. La femme qui voudrait entrer en rapports d'affaires avec les tiers se présenterait à eux comme capable d'agir, en alléguant qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari, et que les biens dont elle entend disposer sont des biens réservés qui proviennent de l'exercice de cette profession. Il appartiendrait aux tiers de vérifier cette double allégation à leurs risques et périls, tant vis-à-vis de la femme que vis-à-vis du mari ou des créanciers de la communauté. Les choses ne se passent pas autrement pour un mineur qui allègue qu'il est devenu majeur (art. 1307. Cpr. § 335, note 18), pour la femme mariée qui se qualifie de fille ou de veuve (§ 472, note 127), pour la femme dotale qui vend comme paraphernal son immeuble dotal (§ 537, note 22). Bref, l'allégation de sa capacité par l'incapable ne suffit jamais pour lui conférer, vis-à-vis des tiers avec lesquels il traite, cette capacité à laquelle il prétend et qu'il n'a pas en réalité. Le système de l'art. 1, § 4 est tout différent. Il déroge au droit commun sous deux points de vue : 1° il y déroge d'abord en

clause contraire du contrat de mariage [23], à dégager les tiers avec lesquels elle traite dans ces conditions, le cas

ce sens que la seule allégation que la femme exerce une profession distincte de celle de son mari, — pourvu d'ailleurs que cette allégation ait été corroborée, soit par la notoriété publique, dans l'hypothèse où la femme se prévaut vis-à-vis des tiers d'un acte de notoriété, soit par les pièces quelconques (factures, lettres missives) qui tendent à l'établir, dans l'hypothèse contraire, — suffit, — non pas précisément à conférer à la femme, pour l'acte qu'elle veut faire. la capacité qu'elle n'a pas en réalité si elle n'exerce pas de profession (cette formule nous paraîtrait trop contraire au principe de l'art. 1307), — non pas même à assurer, vis-à-vis du mari, de ses héritiers. ou des créanciers de la communauté, au profit du tiers qui traite avec elle, la pleine validité de l'acte passé par elle dans ces conditions de capacité apparente (cette formule, le début du § 4 de l'art. 1. la donne, mais la note 25 montrera pourquoi nous conservons des doutes sur son exactitude) — mais seulement à dégager la responsabilité du tiers avec lequel la femme traite en lui fournissant la justification de son allégation (c'est la formule finale du § 4 de l'art. 1, et elle nous paraît meilleure) ; 2° l'art. 1, § 4 déroge encore au droit commun en ce sens que l'allégation de la femme, corroborée comme nous l'avons dit, qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari, suffit à établir, au profit du tiers qui traite avec elle, et dans le sens qui a été indiqué tout à l'heure, que les sommes dont elle fait emploi ou les biens sur lesquels elle traite font partie de ses biens réservés, c'est-à-dire des biens dont sa capacité élargie lui permet de disposer. — Telle est l'analyse que nous proposons du système de preuve de l'art. 1. § 4. Nous y voyons essentiellement une double dérogation au principe de droit commun de l'art. 1307. M. Lalou, n° 21, voit au contraire dans la justification que la femme fournit de l'exercice d'une profession distincte de celle de son mari une présomption légale qu'elle traite sur ses biens réservés. Cette présomption légale serait de même nature que celle des art. 638 C. com., 487 C. civ. et 2 Cod. com. — Il ne nous semble pas que cette conception permette de résoudre les difficultés que nous examinons à la note 24, à la note 25 et à la note 27 *infrà*.]

[[23] Le caractère impératif des dispositions de la loi de 1907, qui résulte de l'art. 1, s'applique, non seulement quant à l'existence même des biens réservés et quant à l'étendue des droits de la femme sur eux (notamment en ce qui concerne la faculté qu'elle a de les reprendre tout en renonçant à la communauté, Art. 5, § 2 et 3), mais encore quant à la détermination de ces biens et par suite quant à la preuve de leur consistance et de leur origine. Guyot, p. 84.]

de mauvaise foi réservé [24], de toute responsabilité, qui aurait son origine dans l'incapacité de la femme mariée comme telle [25].

[[24] On peut supposer que la femme, en dépit des justifications qu'elle a fournies au tiers avec lequel elle a traité, n'exerce pas une profession distincte de celle de son mari, ou que les biens dont elle a disposé n'étaient pas des biens réservés et que le tiers avec lequel elle a traité le savait. Nous admettrions, en pareil cas, le mari, ses héritiers et les créanciers de la communauté, à critiquer à l'encontre de ce tiers acquéreur de mauvaise foi l'acte de disposition à lui indûment consenti par la femme, sous réserve, bien entendu, de l'obligation pour eux d'établir sa mauvaise foi. Cette solution, que nous considérons comme certaine, ne concorderait, croyons-nous, qu'avec la formule à laquelle nous nous sommes arrêtés à la note 22 *suprà*. De droit commun, le tiers avec lequel un incapable cherche à traiter, doit vérifier, à ses risques et périls, la capacité de celui qui entre avec lui en rapports d'affaires. S'il ne le fait pas, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même de la nullité que l'incapable invoquera contre lui, et des conséquences de cette nullité. C'est ce système que l'art. 1, § 4 est venu modifier, en dégageant ce tiers de toute responsabilité quant à la vérification de la capacité que la femme qui veut traiter avec lui s'attribue. D'où il suit que sa responsabilité reparaît, quand il est établi qu'il savait que les justifications fournies par la femme étaient mensongères. — On peut supposer encore que ce tiers de mauvaise foi, qui s'est rendu irrégulièrement acquéreur du bien que la femme lui a présenté comme un bien réservé, alors qu'il n'en était rien, a transmis à son tour ce bien à un sous-acquéreur de bonne foi, auquel le mari, ses héritiers, ou les créanciers de la communauté veulent s'en prendre, à raison de la mauvaise foi de son auteur. Nous serions portés à écarter la réclamation du mari, de ses héritiers ou des créanciers de la communauté. La responsabilité du premier acquéreur vis-à-vis des réclamants a été engagée, croyons-nous, par sa mauvaise foi, et elle ne lui permet pas d'invoquer contre eux la justification erronée qui a été fournie par la femme. Mais cette responsabilité lui est personnelle et ne passe pas à ses ayants cause à titre particulier, vis-à-vis de qui l'acte à lui consenti par la femme, avec les justifications requises, paraît valable.]

[[25] La formule à laquelle nous nous arrêtons, non sans avoir beaucoup hésité, est assurément très étroite, puisqu'elle ne libère les tiers que des conséquences de l'incapacité de la femme mariée, comme telle, et qu'elle les laisse soumis, malgré la justification fournie par la femme conformément à l'art. 1, à toutes les nullités autres que celle qui résulterait du défaut d'autorisation maritale, pour le cas où la femme n'exercerait pas une profession distincte de celle de son mari, ou disposerait d'autres biens que de ses biens

Pour le cas où les tiers refuseraient d'entrer en rapports d'affaires[26] avec la femme, soit parce qu'ils trouveraient insuffisante la preuve fournie par elle, soit pour toute autre raison, ils ne sauraient y être contraints par aucune voie de droit[27]. Il n'en serait autrement que s'il

réservés. Étant donné le caractère et le but de la loi de 1907, et, en particulier, de ses art. 1 à 6, tels qu'ils ont été indiqués à la note 1 *suprà*, nous ne pouvons admettre que le procédé de justification, imaginé par l'art. 1, pour permettre à la femme de traiter avec les tiers, malgré le maintien de son incapacité de femme mariée, sur tous autres biens que ses biens réservés, ait pour effet, non seulement de la relever, dans la mesure de l'intérêt légitime de ces tiers, de son incapacité de femme mariée, mais encore de la mettre à l'abri de toute nullité, généralement quelconque, de nature à être invoquée par elle, par son mari ou par ses héritiers. Par exemple, si l'on suppose que l'immeuble par elle vendu comme faisant partie de ses biens réservés a été par elle acquis de son mari en dehors des cas exceptionnels prévus par l'art. 1595, ou s'il lui a été donné par son mari pendant le mariage et que la donation ait été révoquée, il nous semble impossible, dans l'un et l'autre cas, de ne pas faire réfléchir contre ces tiers, dans les conditions du droit commun, la nullité de l'aliénation consentie par la femme. La justification par elle fournie, lors de cette aliénation, qu'elle exerçait une profession distincte de celle de son mari, la déclaration qu'elle a faite que l'immeuble aliéné faisait partie de ses biens réservés, restent, sous ce point de vue, inopérantes et inefficaces. Il n'y a là qu'une allégation de capacité, qui peut bien mettre les tiers à l'abri de l'incapacité de l'art. 217, mais non pas à l'abri des autres règles, généralement quelconques, qui régissent la condition, non pas de la femme seule, mais des époux. Cpr. note 22 *suprà*.]

[26 *Rebus integris*. Nous maintenons alors le droit absolu du tiers à qui la femme adresse une proposition de contracter, de s'y refuser. Cpr. la note suivante. Mais nous faisons toutes réserves pour le cas très différent où il s'agirait, non pas d'un acte initial, indépendant de toutes relations juridiques antérieures, mais d'un acte qui pourrait être considéré comme la conséquence d'un acte antérieur, passé, dans les mêmes conditions, entre ce tiers et la femme.]

[27 M. Lalou, n° 22 *in fine*, affirme au contraire expressément que « la femme peut vaincre le refus du tiers qui, malgré la justification » qu'elle fournit conformément à l'art. 1, persiste à exiger « l'autorisation du mari ». Elle lui fera sommation d'avoir à réaliser l'opération demandée, et au besoin, le poursuivra en justice pour le contraindre à la passer. Nous ne saurions partager cette manière de voir. Le tiers qui se dérobe à l'offre que la femme lui adresse de contracter avec elle nous paraît, quelque chimériques que soient ses

s'agissait d'un tiers, tenu, par le privilège de sa charge, de prêter son ministère à toute personne qui y recourt régulièrement.

Indépendamment du cas où il s'agit pour la femme de justifier, vis-à-vis des tiers avec lesquels elle veut traiter, de sa capacité à l'effet de disposer de ses biens réservés, la question de la consistance et de l'origine de ces biens se présente encore dans les rapports de la femme ou de ses héritiers avec le mari ou ses héritiers, dans les rapports de la femme avec les créanciers du mari ou de la communauté, dans les rapports enfin des créanciers de la femme, soit avec la femme ou ses héritiers, soit avec les créanciers du mari ou de la communauté. Les difficultés qu'il y a lieu de prévoir dans ces trois ordres d'idées seront examinées aux §§ 509, 517 et 522.

4° Dans le cas où la femme abuserait des pouvoirs qui lui sont conférés sur ses biens réservés, notamment en cas de dissipation, d'imprudence, ou de mauvaise gestion, le mari [28], ou son tuteur [29], pourrait, même en cas de

craintes, rigoureusement dans son droit. Peut-on forcer les gens à contracter malgré eux ?]

[[28] Assisté de son conseil judiciaire, s'il y a lieu. Cpr. § 140, notes 3 et 4. Voy. la note suivante.]

[[29] Le mari ne peut autoriser sa femme lorsqu'il est lui-même incapable (§ 472, notes 40 à 45), et il n'appartient pas à son tuteur de l'autoriser à sa place. Il semblerait dès lors qu'il fallût, dans les mêmes hypothèses, refuser à ce dernier le droit de provoquer le retrait des pouvoirs conférés à la femme par la loi de 1907, par dérogation à la règle générale de la nécessité de l'autorisation maritale. Comment admettre qu'il puisse faire retomber la femme dans un état d'incapacité dont il ne dépendra pas de lui de la relever? La rigueur de cette argumentation n'est qu'apparente. La solution qu'elle implique aurait pour effet de supprimer, en ce qui concerne les femmes des interdits et des prodigues, la faculté de retrait de l'art. 2, par l'impossibilité où l'on serait d'en conférer à qui que ce fût l'exercice, et il est à peine besoin de faire observer qu'il est plus nécessaire encore pour la femme d'un incapable, que l'abus qu'elle peut faire de ses pouvoirs sur ses biens réservés soit réprimé, les conseils éclairés d'un mari majeur et maître de ses droits lui faisant défaut. Mais cette solution, ni le texte ni l'esprit de la loi de 1907 ne l'imposent. Il y a une différence profonde entre la faculté d'autoriser la femme à passer un acte déterminé, c'est-à-

séparation de fait, faire prononcer le retrait de ces pouvoirs, par le tribunal civil du domicile des époux, statuant en chambre du conseil, la femme présente ou dûment appelée, le ministère public entendu.

Ce retrait peut être total ou partiel : le jugement qui le prononce est exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel, et sans caution. Il peut être ultérieurement rétracté ou modifié. Loi du 3 juillet 1907; art. 10.

La femme contre laquelle il a été prononcé redevient, pour l'avenir, dans la mesure dans laquelle il a été prononcé, incapable d'aliéner ses biens ou de s'obliger sur eux [30]. Toutefois, son incapacité ne pourrait être opposée, en principe, aux tiers avec lesquels elle aurait traité, postérieurement au retrait, sur la foi de la preuve administrée par elle, comme il a été dit plus haut [31], qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari. Il n'en serait autrement que s'il était établi que ces tiers connaissaient d'une façon quelconque, lorsqu'ils ont traité avec elle, l'existence antérieure du retrait.

dire à s'obliger ou à aliéner valablement, et la faculté de s'adresser à la justice pour replacer la femme dans un état d'incapacité dont l'autorisation de justice pourra toujours la libérer en vue d'un acte déterminé. Nous ferons remarquer d'ailleurs que le tuteur de l'interdit peut, dans l'ordre des droits de famille et de leur exercice, provoquer la séparation de corps (§ 478, note 3 *bis*, et § 484, note 4), ce qui est une mesure beaucoup plus grave que celle du retrait des pouvoirs de l'art. 2 de la loi de 1907.]

[30 L'art. 2 parle du retrait, sur la demande du mari, des pouvoirs conférés à la femme, dans l'intérêt du ménage, par l'art. 1. Si l'on prenait le texte à la lettre, il en résulterait que le retrait ne peut jamais porter, comme il le dit expressément, que sur les pouvoirs visés par l'art. 1. Manifestement, le retrait ne s'applique pas moins au droit pour la femme d'ester en justice, visé par l'art. 6. Mais on peut se demander s'il en est de même du droit de reprise de la femme ou de ses héritiers, visé par l'art. 4. Il n'y a pas là, au sens rigoureux du mot, un pouvoir dont l'abus reproché à la femme serait de nature à provoquer le retrait. C'est un droit distinct des pouvoirs visés par les art. 1 et 6, qui n'appartient pas à la femme seule, et on peut se demander s'il ne survit pas au retrait. Cpr. § 517.]

[31 Cpr. note 22 *suprà*.]

Indépendamment de la procédure de retrait dont il vient d'être question, le mari peut encore, en cas d'urgence, se pourvoir en référé, devant le président du tribunal compétent, comme il a été dit plus haut, à l'effet d'être autorisé à s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers. L'acte qui serait passé au mépris de cette opposition serait annulable dans les conditions du droit commun. Art. 217.

Indépendamment de cette procédure de référé et de la procédure de retrait dont il a été parlé plus haut, le mari peut, dans les conditions qui ont été fixées pour lui comme pour la femme au § 472 *bis*, saisir-arrêter les salaires et produits du travail personnel de la femme. Cette procédure est distincte des deux autres, qui ne sauraient y suppléer.

Enfin, il est bien entendu que le mari peut toujours, comme il le pouvait avant la loi du 13 juillet 1907, révoquer l'autorisation qu'il avait donnée à sa femme d'exercer une profession[32]. Les effets de cette révocation vis-à-vis des tiers restent ceux qui ont été indiqués au § 472[33].

5° Les pouvoirs et les droits conférés à la femme sur

[[32] Guyot, p. 247. M. Lalou ne mentionne pas ce pouvoir de révocation, qui nous paraît nécessairement résulter du maintien, sous le régime de la loi de 1907, de la nécessité de l'autorisation maritale pour l'exercice par la femme d'une profession (cpr. note 13 *suprà*), et plus généralement, du maintien du système de l'autorisation maritale, dont nous avons tiré une conséquence à la note 13 *suprà*. Il est d'ailleurs à peine besoin de faire observer que si la faculté pour le mari de révoquer son autorisation, comme il pouvait le faire avant 1907, constitue un procédé de sanction des devoirs de la femme plus expéditif et par là même plus énergique que tous les autres, ses effets sont beaucoup moindres, puisque, si la femme perd le droit d'exercer la profession que son mari lui interdit, et d'en retirer à l'avenir les gains qu'elle comporte, ceux qu'elle a pu faire antérieurement lui restent acquis, à titre de biens réservés, et elle conserve, sur ces biens réservés, les pouvoirs que la loi de 1907 lui confère : ces pouvoirs ne peuvent disparaître que par l'effet de la procédure de retrait de l'art. 2.]

[[33] Voy. § 472, notes 87 et 90.]

ses biens réservés ne peuvent être ni supprimés, ni modifiés[34] par le contrat de mariage[35].

Ils appartiennent même aux femmes mariées avant le 13 juillet 1907, pour et sur les biens qu'elles ont pu acquérir par leur travail depuis cette date[36].

[[34] La loi du 13 juillet 1907 restreint, sous ce point de vue, la liberté des conventions matrimoniales comme la restreignent les art. 1387 à 1389. Cpr. la note suivante. Nous pensons dès lors que la nullité qui frapperait une clause quelconque qui aurait pour objet de déroger à la loi de 1907 serait de même nature et comporterait les mêmes conséquences que la nullité prévue par les art. 1387 à 1389. Nullité absolue, mais non pas d'ordre public, avec toutes les conséquences que cette dernière qualification entraînerait. Par exemple, il ne nous semble pas douteux qu'à la dissolution de la communauté, la clause du contrat de mariage qui permettrait à la femme de reprendre ses biens réservés, même en cas d'acceptation, et qui serait incontestablement nulle par application de l'art. 1, pourrait cependant servir de base, du consentement de tous les intéressés, au règlement des intérêts des parties. Cpr. § 502, note 10, § 503 *bis*, note 4.]

[[35] Le texte est formel. Le rapporteur de la loi de 1907 à la Chambre des députés, M. Viollette, allait, dans son rapport, beaucoup plus loin. Il considérait comme nulle toute convention de la femme avec le mari, même postérieure au mariage, ayant pour effet de restituer au mari tout ou partie des droits dont la loi de 1907 le dépouille. Nous ne saurions admettre cette manière de voir. Sans doute, toute convention, même postérieure au mariage, par laquelle la femme entendrait se replacer, pour l'avenir, et quant à ses biens réservés, sous l'empire de l'incapacité de l'art. 217, serait nulle, par application de l'art. 6 C. civ. Il en serait de même de toute clause qui tendrait à modifier les droits résultant pour la femme des art. 4 et 5 de la loi de 1907. Mais en sens inverse, on ne voit pas pourquoi le mandat, général ou spécial, par elle donné au mari de gérer ses biens réservés, serait nul. La loi de 1907 n'a pas plus abrogé les règles de droit commun relatives aux contrats entre époux et notamment au mandat, art. 1577, qu'elle n'a abrogé, dans sa généralité, l'incapacité de la femme mariée. Cpr. notes 3 et 25 *suprà*. La seule question qui pourrait s'élever ici serait celle de savoir s'il y aurait lieu d'appliquer aux biens réservés l'art. 1578, dans les hypothèses prévues par les art. 3, al. 1, et 5, al. 2 et 3, de la loi de 1907.]

[[36] Sans quoi il y aurait effet rétroactif, contrairement à l'art. 2, C. civ., auquel l'art. 11 de la loi de 1907 ne déroge pas expressément. — Voy. pour une difficulté relative au retrait, par la femme seule, des sommes par elle versées depuis le 13 juillet 1907 à la Caisse d'épargne, qui lui a délivré un livret avec l'autorisation de son mari, avant le 13 juillet 1907, Guyot, p. 263.]

Ils peuvent être invoqués, devant les tribunaux français [37], par les femmes étrangères auxquelles la loi applicable à leur régime matrimonial [38] n'assurerait pas, sur

[[37] Nous ne disons pas : sur les biens situés en France. La loi du 13 juillet 1907 n'est pas une loi relative au régime des biens envisagés comme tels (statut réel). Elle se rattache, comme nous l'expliquons à la note suivante, au régime matrimonial des époux. Elle ne serait donc normalement destinée à s'appliquer, devant les tribunaux français, qu'aux époux mariés sous un régime français. Si elle s'applique, en France, malgré la qualification que nous lui donnons, même aux époux étrangers dont le régime matrimonial dépend de la loi étrangère, dans l'hypothèse prévue à la note 38 et à la note 39 *infrà*, c'est parce qu'elle nous apparaît comme une loi de police, au sens de l'art. 3, al. 1. Son application est dès lors indépendante du point de savoir en quel pays les biens auxquels il peut être question de l'appliquer sont situés ou réputés situés. Par exemple, elle s'appliquerait à des meubles corporels fictivement situés à l'étranger, à supposer que les époux eussent à l'étranger leur domicile de droit, qu'il fallût, sous ce point de vue, appliquer en principe à ces meubles la loi du domicile de leur propriétaire, considérée comme loi du lieu de leur situation fictive, enfin, qu'un procès pût, dans ces conditions, s'élever en France à l'occasion de ces meubles considérés comme bien réservés. Elle s'appliquerait pareillement à des meubles incorporels dont le siège se trouverait à l'étranger (titres nominatifs émis par des sociétés étrangères ou par des États étrangers). — On aboutirait bien à des solutions de ce genre en considérant la loi de 1907 comme une loi relative au régime des biens envisagés comme tels (cpr. § 31, note 51), mais cette qualification de la loi de 1907 est certainement inexacte, et on ne peut dès lors consacrer ces solutions qu'en considérant la loi de 1907 comme une loi de police, au sens de l'art. 3, C. civ.]

[[38] La loi de 1907 ne supprime l'incapacité de la femme, qui est une conséquence du mariage, et qui, comme telle, se rattache au statut personnel, que par rapport aux biens réservés, dans la mesure du droit d'administration et de disposition qu'elle lui reconnaît sur eux. C'est donc l'institution des biens réservés, par opposition aux biens communs, aux biens dotaux, ou aux biens paraphernaux, qui sert de fondement aux dispositions de la première partie de la loi (art. 1 à 6). Mais l'institution des biens réservés nous apparaît, d'après ce qui vient d'être dit, comme une modification impérative du régime matrimonial des époux, quel que soit d'ailleurs ce régime. Étant donné ce caractère de la loi de 1907, il faut nécessairement qu'elle prenne, en droit international privé, la qualification qui y correspond. Ce n'est donc pas une loi relative au statut personnel ; il est à peine besoin de démontrer que ce n'est pas davantage une loi relative au régime des biens envisagés comme tels, de

les produits de leur travail, à la date de la célébration du mariage [39], des droits analogues à ceux que confère la loi du 13 juillet 1907 aux femmes françaises [40].

même nature que les dispositions légales qui visent les procédés d'aliénation des immeubles ou des meubles et la publicité des droits réels, par exemple. C'est une loi relative au régime matrimonial des époux. Elle est donc inapplicable aux femmes étrangères auxquelles le régime matrimonial de la loi étrangère assure des garanties de même nature que celles de la loi de 1907.]

[[39] On peut supposer que des époux étrangers, mariés sous l'empire d'une loi étrangère qui contient des dispositions analogues à celles de notre loi de 1907, deviennent français au cours du mariage. Si nous supposons que leur régime matrimonial ne change pas (cpr. § 504 *bis* VI et § 504 *ter*, note 4), il faut nécessairement conclure de ce qui a été dit à la note 37 et à la note 38 *suprà*, que la loi de 1907 reste inapplicable à la femme, même après qu'elle est devenue française, — à moins qu'on n'argumente de l'art. 11 de la loi de 1907 et qu'on n'assimile la femme étrangère, devenue française au cours du mariage, à la femme française mariée avant le 13 juillet 1907. Mais nous pensons que cette assimilation et par conséquent cette argumentation ne seraient pas exactes, la femme française mariée avant le 13 juillet 1907 n'ayant eu, jusqu'à cette date, aucune des garanties que la loi du 13 juillet 1907 a eu précisément pour but d'instituer, et la femme étrangère, sur laquelle nous raisonnons, ayant bénéficié, par hypothèse, avant d'acquérir la nationalité française, de garanties analogues à celles que la loi de 1907 institue, et devant, par hypothèse, les conserver après l'acquisition de la nationalité française. — On peut supposer, en sens inverse, que des époux français, nécessairement soumis à la loi française quant aux dispositions impératives de la loi française relatives au régime de leurs biens, deviennent l'un et l'autre étrangers au cours du mariage. Ils restent néanmoins soumis, au regard de la France, à la loi de 1907, même après avoir perdu ou abdiqué la nationalité française. Il ne dépend pas d'eux de changer, pendant le mariage, le régime de leurs biens (cpr. § 504 *ter*, note 4).]

[[40] La loi de 1907 est-elle applicable, d'après ce qui a été dit à la note 39 *suprà*, à la femme française comme telle, ou à la femme française en tant qu'elle est mariée sous un régime français? — La question ne peut se poser, ni, bien évidemment, pour la Française mariée en France avec un Français sans contrat (cpr. § 504 *bis*), ni pour l'étrangère mariée avec un Français en France sans contrat, ni pour l'étrangère mariée avec un Français à l'étranger sans contrat, pourvu, dans ce dernier cas, qu'il s'agisse d'une étrangère appartenant, avant son mariage, à l'un des États signataires de la Convention de La Haye, du 17 juillet 1905. Dans toutes ces hypothèses, le régime matrimonial est le régime de droit commun

Toutefois, l'art. 8-2° de la Convention de La Haye, du 17 juillet 1905, ne permettrait cette application de la loi du 13 juillet 1907, dans le cas où le régime matrimonial de la femme étrangère est soumis, par ladite Convention, à une loi étrangère qui ne protège pas le travail de la femme, qu'autant qu'il s'agirait d'une femme étrangère exerçant une profession sur le territoire français[42], et dans la mesure seulement de l'intérêt des tiers qui traiteraient avec elle en France. En l'absence de l'une ou de l'autre de ces deux conditions, les termes de la Convention de La Haye ne permettraient pas l'application de la loi du 13 juillet 1907 à la femme étrangère, alors même que la loi étrangère qui gouvernerait le régime matrimonial de cette femme ne contiendrait à son profit aucune disposition du genre de celles de la loi française du 13 juillet 1907.]

§ 501.

Du contrat de mariage. — 1. Généralités.

Le contrat de mariage est la convention par laquelle deux personnes qui veulent s'unir par mariage règlent,

de la loi française et la loi de 1907 s'applique sans difficulté. — Mais la question se pose : 1° pour l'étrangère mariée avec un Français à l'étranger, sans contrat, à supposer qu'elle n'appartienne pas, avant son mariage, à l'un des États signataires de la Convention de La Haye. C'est la loi du domicile matrimonial que les époux sont réputés avoir entendu choisir, et il se peut que le domicile matrimonial soit situé à l'étranger ; 2° pour la Française ou l'étrangère qui épouse un Français en France ou à l'étranger, à supposer que les époux fassent un contrat de mariage et adoptent un régime matrimonial étranger. Cpr. § 504 *ter*. Ni dans l'une, ni dans l'autre de ces deux hypothèses, la question ne nous paraît douteuse. En effet, si la loi de 1907 dépend des règles constitutives du régime des biens entre époux (cpr. note 38 *suprà*), ses dispositions sont, comme telles, des dispositions impératives que le contrat de mariage ne peut modifier. Cpr. note 34 *suprà*. Par conséquent, elles s'imposent incontestablement dans la seconde des deux hypothèses que nous avons en vue (§ 504 *ter*, note 1) et elles ne s'imposent pas moins dans la première (§ 504 *ter*, note 2) puisqu'il s'agit, dans l'une et dans l'autre, d'époux français à la date et, au besoin, par l'effet de la célébration du mariage.]

[[42] Nous entendons ici, par territoire français, le territoire euro-

quant à leurs biens, les droits dont elles jouiront comme époux, l'une à l'égard de l'autre.

L'acte qui constate cette convention peut renfermer en même temps, et c'est ce qui arrive communément, des donations faites, soit par l'un des futurs époux à l'autre, soit par des tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux [1].

Quoique ces donations, régies par des règles spéciales, doivent, à tous égards, être considérées comme des clauses du contrat de mariage, nous n'avons pas cru devoir en traiter au présent chapitre ; nous nous réservons, à l'exemple du Code civil, de développer, dans la théorie des dispositions à titre gratuit, les principes qui les concernent.

La loi n'impose pas aux futurs époux l'obligation de régler leurs conventions matrimoniales par un contrat de mariage. En l'absence d'un pareil contrat, et à supposer que la loi française soit applicable à leur association [2], ils sont censés avoir voulu adopter, pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires, les dispositions du Code civil sur le régime de la communauté légale ; et les droits que ce régime attribue à chacun d'eux leur sont acquis d'une manière aussi irrévocable que s'ils les avaient établis par une convention expresse [3]. Art. 1387 et 1393.

Les droits respectifs des époux mariés avant la promulgation du titre du Code relatif au contrat de mariage restent, même en ce qui concerne les droits qui ne se sont

péen soumis à la souveraineté de la France. Convention du 17 juillet 1905, art. 12.]

[1] Rien n'empêche même que le contrat de mariage ne contienne des conventions à titre onéreux, tels qu'une vente, un bail, etc., passées entre les époux ou avec des tiers. Mais ces conventions, qui ne se trouvent que materiellement reliées au contrat de mariage, restent en général soumises aux règles du Droit commun. La capacité des parties, notamment, n'est pas, en ce qui les concerne, régie par les dispositions exceptionnelles de l'art. 1398. Larombière, *Des obligations*, IV, p. 145. Zachariæ, § 501, à la note. Bordeaux, 25 janvier 1826, Sir., 26, 2, 245. Grenoble, 5 août 1859, Sir., 61, 2, 21, à la note. Voy. cep. Grenoble, 10 juillet 1860, Sir., 61, 2, 21.

[2] Cpr. § 504 *bis*, sur la question de savoir quelle est la loi à laquelle, en l'absence du contrat de mariage, les époux sont censés s'être soumis.

[3] Cpr. § 30, texte II, n° 3, notes 45 à 47.

ouverts, ou les biens qui n'ont été acquis que depuis cette époque, exclusivement régis par leur contrat de mariage, ou, en l'absence de contrat, par la loi ou la coutume sous l'empire de laquelle ils se sont mariés[4]. De plus, s'il a été passé un contrat de mariage, les effets des stipulations y contenues doivent être déterminés, quant à la nature et à la distinction des biens, par la loi ou la coutume en vigueur au moment de la passation de ce contrat. Ainsi, lorsque les époux, en se mariant sous l'empire d'une coutume qui réputait immeubles les rentes constituées, ont, par une clause de leur contrat de mariage, attribué les meubles au survivant, celui-ci n'a pas de droit exclusif aux rentes de cette espèce, alors même qu'elles n'auraient été constituées que depuis la promulgation du Code civil[5].

D'un autre côté, les époux qui s'étaient mariés sous l'empire d'une loi qui permettait de changer les conventions matrimoniales pendant le mariage ont conservé cette faculté après la promulgation du Code[6].

Toutes conventions matrimoniales et toutes donations par contrat de mariage sont censées faites dans la supposition qu'elles seront suivies d'un mariage valable. [Il suit de là que si] le mariage en vue duquel de pareilles conventions ou donations ont été consenties ne se réalise pas ou qu'il vienne à être annulé, elles sont à considérer comme non avenues. Toutefois, cette règle reçoit exception dans le cas où le mariage annulé doit, à raison de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux, produire les effets d'un mariage putatif[7]. D'un autre côté, elle ne s'applique pas aux stipulations étrangères aux conventions matrimoniales qui seraient intervenues entre l'un des futurs époux et des tiers[8]. [Il suit encore de là, en sens inverse, que si le mariage en vue duquel les conventions matrimoniales et les donations par contrat de mariage ont été consenties se réalise valablement, c'est au jour de la célébration du

[4] Civ. rej., 27 janvier 1840, Sir., 40, 1, 257.
[5] Civ. cass., 27 janvier 1840, Sir., 40, 1, 260.
[6] Voy. § 503 *bis*, texte n° 3.
[7] Art. 201 et 202. Cpr. § 460.
[8] Nîmes, 25 mai 1857, Sir., 57, 2, 609.

mariage seulement[8] *bis* que remonte nécessairement[8] *ter*,

[[8] *bis.* Si l'on pouvait considérer le contrat de mariage comme subordonné à la célébration du mariage comme il le serait à une véritable condition, la solution serait toute différente. Art. 1179. Mais il faut se garder de confondre la caducité du contrat de mariage en cas de non-célébration du mariage, ou de nullité de la célébration ou du mariage, et la défaillance de la condition suspensive dans les actes juridiques en général. La condition est une modalité accidentelle de l'acte juridique, dont l'existence et l'effet, comme acte pur et simple, se conçoivent très bien sans elle. Au contraire, on ne conçoit pas le contrat de mariage sans le mariage. La célébration de celui-ci est un élément essentiel de celui-là, et ne saurait dès lors être considérée, à aucun titre, comme la condition à laquelle celui-là serait subordonné. Cpr. § 302. — Ce qui, dans une certaine mesure, produit l'illusion que le contrat de mariage est un acte indépendant du mariage, dont la célébration peut dès lors être envisagée comme la condition proprement dite de ce contrat, c'est l'application que nous faisons distributivement à l'un et à l'autre du système des nullités. Cpr. notes 9 à 11 *infrà* et § 502, notes 32 et 33. Mais il ne s'ensuit nullement, du double fait que le contrat de mariage peut être nul comme tel pendant que le mariage est valable comme tel, ou qu'en sens inverse, il peut être valable comme tel pendant que le mariage est nul comme tel, que le but et la nature de ces deux actes n'établisse pas entre eux, lorsqu'ils sont valables l'un et l'autre, des rapports de dépendance beaucoup plus étroits que ceux qui unissent la condition et l'acte conditionnel.]

[[8] *ter.* Nous considérons ces rapports comme impérativement établis par la loi. Les parties ne pourraient pas, selon nous, reporter, par une clause expresse du contrat de mariage, les effets de ce contrat à la date à laquelle il aurait été passé. Cela est certain pour l'adoption de tout régime de communauté, pour la communauté légale, art. 1399, et pour la communauté conventionnelle, art. 1399 cbn. art. 1528. Mais nous pensons qu'il faut aller plus loin, et prohiber le report conventionnel, à date de la rédaction du contrat de mariage, des effets de toute clause dudit contrat étrangère à la communauté ou à l'adoption de la communauté elle-même. — Pour la question inverse du recul des effets des clauses de contrat de mariage à une date postérieure à la célébration du mariage, la discussion est possible, réserve faite, bien entendu, de la disposition de l'art. 1399. Cpr. § 504, note 9 *in fine*, et Colmar, 8 mai 1864, Dall., 1864, 2, 85. — Mais pour le report des effets du contrat de mariage à une date antérieure à la célébration, aucune hésitation, à notre avis, n'est possible. Nous irions même, le cas échéant, jusqu'à considérer la règle comme une disposition d'ordre public international. La dérogation conventionnelle à cette règle, autorisée par la loi qui régit la validité intrinsèque du contrat de mariage

des étrangers en France, ne pourrait avoir, croyons-nous, aucun effet en France. Cpr. §§ 504 *bis* et 504 *ter*.]

[[8] *quater*. Si l'on s'en tenait à la lettre de certains textes, la règle que nous avons justifiée à la note 8 *bis* et dont nous avons indiqué le caractère impératif à la note 8 *ter*, comporterait au moins trois exceptions, résultant des art. 1404, 1558 et 2194. — Nous réservons pour le § 507-3°, notes 45 à 47, l'explication de la première; pour le § 538 l'examen de la seconde, et nous rejetons la troisième. Cpr. § 264 *ter*, note 64. — La jurisprudence paraît avoir sanctionné deux autres exceptions dont les textes ne disent rien : 1° un arrêt de la Cour de Cassation, du 16 décembre 1878, Sir., 1881, 1, 353, considérant expressément le contrat de mariage comme un acte conditionnel, dont la célébration du mariage serait la condition suspensive, a admis que la dotalité qui frappe l'immeuble constitué en dot frappe aussi et de plein droit l'immeuble acquis en contr'échange du premier, dans l'intervalle de la rédaction du contrat de mariage à la célébration du mariage; 2° un arrêt de la Cour de Cassation du 7 février 1872, Sir., 1872, 1, 73, considérant, lui aussi, la célébration du mariage comme une condition suspensive à laquelle le contrat de mariage, et notamment la constitution de dot, seraient subordonnés, admettant par conséquent l'effet rétroactif de la célébration au jour du contrat de mariage, et reportant dès lors à cette même date l'aliénation résultant de la constitution de dot, écarte l'action paulienne du créancier du constituant, dont la créance est née dans l'intervalle de la rédaction du contrat de mariage à la célébration du mariage, à raison de l'antériorité de l'aliénation frauduleuse par rapport à la naissance de ladite créance. — Ni l'une ni l'autre de ces deux décisions ne nous paraît inconciliable avec la règle que nous avons posée au texte : 1° le caractère dotal que l'arrêt du 16 décembre 1878 attribue à l'immeuble acquis dans l'intervalle de la rédaction du contrat de mariage à la célébration du mariage en contr'échange de l'immeuble constitué en dot, ne s'applique évidemment à cet immeuble que comme il serait appliqué à l'immeuble constitué en dot lui-même, c'est-à-dire à compter du jour de la célébration du mariage seulement. Il y a là une solution de même nature que celle que donne en matière de communauté l'art. 1404, dont l'arrêt de 1878 peut être considéré comme sanctionnant l'extension au régime dotal. Cette extension n'est d'ailleurs pas contraire à la règle générale que nous avons posée au § 449, notes 2 et 3, en ce qui concerne les rapports et la combinaison des textes relatifs au régime de communauté et des textes relatifs au régime dotal, et elle peut se justifier par les mêmes raisons par lesquelles se justifie l'art. 1404 lui-même. Cpr. § 507, note 45. En tout cas, elle ne fait certainement pas échec à la règle d'après laquelle les effets du régime adopté par les époux ne commencent qu'à dater de la célébration du mariage, puisqu'elle ne frappe l'immeuble acquis en contr'échange que d'une inaliénabilite éventuelle, qui n'atteindrait que les aliénations

en principe[8] *quater*, l'effet[8] *quinquiès* de ces conventions et de ces donations[8] *sexiès*.]

postérieures à la célébration du mariage. Cpr. Nîmes, 26 mars 1889. *Le Droit*, 16-17 septembre 1889; 2° La doctrine de l'arrêt de 1872, abstraction faite des complications de l'hypothèse sur laquelle il a statué, s'explique d'une façon tout aussi simple. Outre qu'il vise beaucoup moins les effets du contrat de mariage que ceux de la constitution de dot, et que la constitution de dot se ramène à une libéralité en biens présents qui peut être envisagée, à certains égards, comme une donation conditionnelle proprement dite, dont l'effet rétroagit à la date de la rédaction du contrat de mariage (cpr. note 8 *sexiès infrà*), nous ferons observer qu'à supposer qu'on place l'aliénation résultant de la constitution de dot à la date de la célébration du mariage seulement, il n'en résulterait pas nécessairement que les créanciers dont la créance est née dans l'intervalle de la rédaction du contrat de mariage à la célébration du mariage, dussent être considérés comme des créanciers antérieurs à l'acte frauduleux, recevables dès lors à intenter l'action paulienne que l'arrêt de 1872 leur refuse. Il se peut, en effet, que la perpétration de la fraude soit antérieure à l'acte d'aliénation qu'elle a préparé, qu'elle remonte, par exemple, au contrat de mariage lui-même, qu'on puisse considérer, par conséquent, les créanciers dont il vient d'être question comme des créanciers postérieurs à l'acte frauduleux, irrecevables, comme tels, à intenter l'action paulienne. C'est précisément ce qui s'était produit dans l'hypothèse du 7 février 1872. La femme n'avait réellement rien apporté au mari, qui avait consenti, dans le contrat de mariage, à ce que la célébration du mariage valût quittance de la somme que la femme était censée lui avoir apportée à titre de dot. Manifestement, si l'acte d'aliénation qui appauvrissait le mari ne résultait que de la clause du contrat de mariage aux termes de laquelle la célébration du mariage vaudrait quittance de la dot, si cet acte d'aliénation se trouvait ainsi reculé à la date de la célébration elle-même, la fraude génératrice de l'action paulienne résultait au contraire de l'insertion de cette clause dans le contrat de mariage, et se plaçait par conséquent à la date de sa rédaction. La doctrine de l'arrêt de 1872 n'implique donc, pas plus que celle de l'arrêt de 1878, une adhésion certaine de la Cour de Cassation à la doctrine de la rétroactivité des effets du contrat de mariage à la date de sa rédaction.]

[[8] *quinquiès*. L'effet seulement (voy. par exemple, § 500, note 31.), car il n'est pas douteux que c'est à la date de la rédaction du contrat de mariage qu'il faut se placer pour en apprécier les éléments de validité, soit en ce qui concerne les conventions matrimoniales proprement dites (Cpr. § 502, note 35), soit en ce qui concerne les libéralités qui les accompagnent (Cpr. § 739, notes 19, 20 et 96.]

[[8] *sexiès*. Cela n'est rigoureusement vrai que des donations excep-

Lorsque la nullité dont le mariage était dans le principe entaché se trouve couverte, le contrat de mariage, d'ailleurs valable en lui-même, ne peut plus être attaqué à raison de cette nullité seule[9].

Mais, quand le contrat de mariage se trouve entaché d'un vice qui lui est propre, ce vice fût-il de même nature

tionnelles régies par les art. 1082 à 1086, dont il nous paraît impossible de faire rétroagir les effets à la date de la rédaction du contrat de mariage. Nous préciserons à cet égard notre pensée au § 739. — En ce qui concerne les donations de biens présents, qui pourraient être faites en dehors du contrat de mariage, qui seraient, par hypothèse, valablement faites en dehors du contrat de mariage, si elles étaient faites dans les mêmes conditions dans lesquelles elles l'ont été dans ledit contrat (cpr. art. 1087), dont l'effet ne dépend dès lors pas de la célébration du mariage, comme en dépendrait l'effet d'une convention matrimoniale ou d'une libéralité exceptionnelle qui ne se conçoivent pas en dehors de lui, on peut les considérer comme subordonnées à la célébration du mariage, comme elles le seraient à une condition suspensive proprement dite : elles rétroagissent, par conséquent, à la date de la rédaction du contrat de mariage, dans les conditions du droit commun. Art. 1179. Cpr. § 75, note 5. A moins cependant que les parties n'aient conventionnellement écarté, dans le contrat de mariage, l'effet rétroactif de la condition accomplie, ce que nous pensons qu'elles peuvent faire, et ce qui conduirait à appliquer à la donation de biens présents sur laquelle nous raisonnons des règles semblables à celles qu'impose nécessairement, selon nous, en matière de conventions matrimoniales ou de libéralités exceptionnelles, le système de la caducité proprement dite. Un arrêt de la Cour de Cassation, du 26 janvier 1847, Sir., 1847, 1, 147, fait remonter le droit de propriété du conjoint donataire sur les biens présents à lui donnés en contrat de mariage, à la date de rédaction dudit contrat, mais il fonde cette solution, non pas, comme nous le faisons nous-même, sur l'art. 1179, mais sur l'art. 1396, ce qui aboutit à donner à la règle de la rétroactivité un caractère impératif qu'on vient de voir que nous n'admettons pas.]

[9] L'application ou l'exécution du contrat de mariage suppose bien l'existence du mariage en vue duquel il a été passé. Mais il importe peu que le mariage ait été célébré valablement, ou que, entaché de nullité à l'origine, il n'ait été validé que dans la suite Il ne s'agit pas ici d'une condition proprement dite, à laquelle soit subordonnée la formation du contrat de mariage, mais d'un de ces faits ou événements que les jurisconsultes romains appelaient *conditiones tacitæ*. Cpr. § 302, texte et note 2. Aussi, la proposition émise au texte ne fait pas difficulté.

que celui qui affecterait le mariage même, l'action en nullité de ce contrat est recevable, malgré la confirmation du mariage et les fins de non-recevoir qui mettraient ce dernier à l'abri de toute attaque. C'est ainsi, par exemple, que le contrat de mariage passé par un mineur sans l'assistance des personnes dont le consentement était nécessaire pour la validité de son mariage n'est pas confirmé par la circonstance que la nullité du mariage, également célébré sans ce consentement, se trouverait couverte aux termes de l'art. 183[10]. C'est ainsi encore que le contrat de mariage passé, même avec l'assistance des personnes désignées en l'art. 1398, par un mineur qui n'avait pas atteint l'âge requis pour se marier, reste sujet

[10] Duranton, XIV, 10. Rodière et Pont, I, 181. Odier, II, 610. Bertauld, *Revue critique*, 1865, XXVI, p. 289 et 290. Civ. rej., 13 juillet 1857, Sir., 57, 1, 801. Voy. aussi § 502, texte et note 21, 32 et 33. — Marcadé (sur l'art. 1398, nº 2) et Troplong (I, 98), enseignent, au contraire, que le mineur, en gardant le silence pendant l'année que l'art. 183 lui donne pour réclamer contre son mariage, confirme aussi bien le contrat de mariage que le mariage même. Mais, en se prononçant dans ce sens, ils ne tiennent pas compte du principe que les nullités d'un contrat de mariage ne sont susceptibles de se couvrir pendant le mariage, ni expressément, ni tacitement, principe que Troplong (I, 288) n'hésite cependant pas à appliquer aux nullités résultant d'un défaut de capacité. D'ailleurs, de ce que, dans des vues d'ordre public, la loi a fait du silence des parties pendant un certain délai, une fin de non-recevoir contre telle action en nullité du mariage, il ne s'ensuit nullement que ce silence doive couvrir également la nullité des conventions matrimoniales. Le maintien de ces conventions n'intéresse que fort indirectement la société, ou du moins ne l'intéresse pas au même degré que le maintien du mariage même. Ajoutons que l'opinion de Marcadé et de Troplong conduirait à un résultat assez singulier. Un mineur a passé un contrat de mariage sans l'assistance des personnes dont le consentement lui était nécessaire pour le mariage ; s'il se marie avec le consentement de ces personnes, son contrat de mariage restera nul, et ne sera susceptible d'aucune confirmation, ni de sa part, ni de celle de ses parents ; si au contraire, allant plus loin dans la voie des irrégularités, il contracte aussi mariage sans le consentement de ces derniers, le contrat de mariage se trouvera validé par le seul effet de leur silence et de celui du mineur devenu majeur. N'y aurait-il pas dans ces résultats opposés une inconséquence dont la raison s'accommoderait difficilement ?

à annulation, encore que le mariage, célébré également avant cet âge, soit devenu inattaquable par suite de l'une des circonstances indiquées dans l'art. 185[11].

§ 502.

2. *Des personnes qui doivent figurer au contrat de mariage. — De la capacité requise pour ce contrat.*

1° Les futurs époux doivent, comme parties principalement intéressées, figurer au contrat de mariage, soit en personne, soit par un mandataire, porteur d'une procuration spéciale et authentique[1]. Le contrat de mariage passé en l'absence de l'un des époux, pour lequel a stipulé un tiers dépourvu de mandat régulier, est à considérer comme non avenu. Il en serait ainsi, dans le cas même où l'époux non présent au contrat étant encore mineur, son père et sa mère auraient stipulé en son nom et en se portant forts pour lui[2].

La non-existence, comme contrat de mariage, d'un

[11] Duranton XIV, 9. Odier, II, 605. Rodière et Pont, I, 40. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 96 et 97. Cpr. aussi : Marcadé, *loc. cit.* Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, le contrat de mariage est entaché d'un vice propre, en ce que le mineur qui n'a pas encore atteint l'âge requis pour le mariage est, même avec l'assistance de ses parents, tout aussi inhabile à faire un contrat de mariage, qu'il est incapable de se marier. L'art. 1398 suppose un mineur capable de contracter mariage, et à défaut de cette condition, sa disposition, tout exceptionnelle et de faveur, ne peut plus trouver d'application.

[1] Cpr. § 411, texte et note 7. Rodière et Pont, I, 145. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437.

[2] Par suite d'une pratique vicieuse, suivie surtout dans certaines contrées du Midi, beaucoup de contrats de mariage s'y dressaient hors la présence des époux, au nom desquels stipulaient leurs parents respectifs. On voulut pendant quelque temps essayer de défendre la validité de pareils actes, surtout dans le cas où les parents s'étaient portés forts pour leurs enfants, mais cette thèse n'était pas soutenable. Par cela même que le contrat de mariage doit, à peine de nullité, être fait avant la célébration du mariage, et qu'il ne peut, après cette époque, y être apporté aucun changement, il est d'absolue nécessité que le consentement des époux soit, dès avant le mariage, constaté d'une manière certaine et

acte dressé en l'absence de l'un des époux peut être opposée, non seulement par ce dernier et par le tiers qui aurait intérêt à faire écarter les conventions qu'il contient[3], mais même par l'époux qui y a personnellement figuré.

Elle a pour conséquence, quelles que soient d'ailleurs les conventions arrêtées entre les parties qui ont concouru à l'acte, de faire considérer les époux comme étant mariés sous le régime de la communauté légale[4].

Elle entraîne, d'un autre côté, la nullité de toute disposition qui ne vaudrait qu'à la condition d'être contenue dans un contrat de mariage régulier. Ainsi, seraient nulles, en pareil cas, les dispositions qui auraient pour objet des biens à venir, et même des donations de biens présents, si elles n'avaient pas été expressément acceptées, ou si l'acte qui les renferme n'avait pas été dressé en la présence réelle du notaire en second ou des témoins[5].

authentique. Aussi la jurisprudence s'est-elle, sans hésitation, prononcée contre la validité des contrats faits dans la forme indiquée au texte; et il n'y a plus divergence d'opinions que sur les conséquences que doit entraîner, en pareil cas, l'absence des futurs époux ou de l'un d'eux. [Cass., 6 nov. 1895, Sir., 1896, 1, 5. Nîmes, 13 janvier 1897, Sir., 1897, 2, 141.]

[3] Nîmes, 8 janvier 1850, Sir., 50, 2, 91. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437.

[4] Arg. art. 1393. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613. Nîmes, 6 août 1851, Sir., 51, 2, 616. Toulouse, 19 janvier 1853. Sir., 54, 2, 33. Pau, 1er mars 1853, Sir., 54, 2, 34. Civ. rej., 11 juillet 1853, Sir., 54, 1, 49. Montpellier, 9 décembre 1853, Sir., 54, 2, 35. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437. Montpellier, 21 décembre 1857, Sir., 59, 2, 524.

[5] Par cela même que l'acte, dressé en l'absence de l'un des époux, n'a pas le caractère légal de contrat de mariage, les parties se trouvent replacées, quant aux donations qu'il contient, sous l'empire du droit commun. MM. Rodière et Pont (I, 148) pensent cependant qu'une donation de biens présents, contenue dans un pareil acte, devrait être maintenue, quoique n'ayant pas été expressément acceptée. Nous ne saurions partager cette opinion. En admettant, comme le soutiennent les auteurs, que le contrat de mariage, dressé en l'absence de l'un des futurs époux, soit simplement annulable, son annulation aura toujours pour conséquence forcée d'enlever aux dispositions qui y sont contenues le caractère exceptionnel et privilégié des donations par contrat de mariage. [La solution

Quant aux valeurs mobilières comprises dans une constitution dotale et qui auraient été, de fait, délivrées aux époux, elles tombent dans la communauté, alors même qu'elles devaient, d'après le régime que l'on avait entendu établir, demeurer propres à l'époux donataire [6].

Le contrat de mariage, dressé en l'absence des époux ou de l'un d'eux, peut être ratifié, avant le mariage, dans la forme déterminée par les art. 1396 et 1397 [7], [mais seulement dans cette forme [7 *bis*]]. Le fait seul de la célébration n'emporte [d'ailleurs] pas ratification de ce contrat [8], et les époux ne peuvent, durant le mariage, l'approuver par aucun

donnée au texte reste vraie, même depuis la loi du 12 août 1902. Cpr. § 503, note 7 *bis*.]

[6] En vain objecterait-on qu'un pareil résultat contrarierait l'intention de l'auteur de la disposition, intention qui ressort, d'une manière non équivoque, du choix même du régime sous lequel on avait entendu marier les époux. Cette objection serait sans valeur: comme c'est sans leur volonté, et par la seule force de la loi, que les époux sont, dans l'hypothèse qui nous occupe, soumis au régime de communauté légale, c'est uniquement aussi dans les dispositions de la loi sur ce régime, qu'il convient de chercher la règle de leurs intérêts. Rien ne prouve d'ailleurs que, s'il avait été question d'établir le régime de la communauté, l'auteur de la constitution dotale eût, par une clause spéciale, réservé en faveur de l'époux donataire la propriété des valeurs comprises dans la constitution, ni surtout qu'une pareille réserve eût été admise par l'autre époux; et on se mettrait en opposition avec le principe de réciprocité qui sert de base à l'association des époux sous le régime de la communauté, en exigeant que l'un des époux versât ses capitaux dans la communauté, tandis que l'autre en serait dispensé, sans cependant que cette inégalité de position eût été formellement stipulée et acceptée. Pont, *Revue critique*, 1853, III, p. 6 et suiv. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613. Toulouse, 19 janvier 1853. Pau, 1er mars 1853, et Montpellier, 9 décembre 1853, Sir., 54, 2, 33 à 35. Civ. rej., 11 juillet 1853, Sir., 54, 1, 49. Civ. rej., 29 mai 1854, Sir., 54, 1, 437. Civ., rej. 9 janvier 1855, Sir., 55, 1, 125. Voy. en sens contraire: Toulouse, 5 mars 1852, Sir., 52, 2, 257; Nîmes, 30 août 1854, Sir., 54, 2, 641.

[7] Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613. Civ. rej., 11 juillet 1853, Sir., 54, 1, 49.

[[7] *bis*. Voy. les arrêts cités à la note 2 *suprà*.]

[8] La raison en est que le contrat de mariage est un contrat solennel qui, par cela même, n'est susceptible d'être ratifié que dans les formes auxquelles il est soumis. Grenoble, 7 juin 1851, Sir., 51, 2, 613.

fait ni par aucun acte[9]. Du reste, rien n'empêche qu'après la dissolution du mariage, les héritiers du conjoint prédécédé et le survivant ne s'approprient un pareil contrat, soit par une déclaration expresse de ratification, [9 *bis*], soit tacitement, en réglant leurs droits respectifs conformément aux dispositions qu'il renferme[10].

2° Toute personne habile à contracter mariage est aussi, en principe, habile à faire un contrat de mariage, ou à se soumettre, par le fait même du mariage, au régime matrimonial qu'en l'absence de contrat exprès les époux sont censés avoir adopté. *Habilis ad matrimonium, habilis ad matrimonii consequentias. Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialià.*

Mais cette capacité, conséquence nécessaire de celle de se marier, et qui en est inséparable, n'emporte pas de soi, pour toute personne indistinctement, la faculté d'aliéner ses biens par contrat de mariage, et d'en disposer avec toute la liberté qui appartient au majeur en possession du plein exercice de ses droits. La faculté d'aliéner ou de disposer reste, alors même qu'il s'agit de conventions matrimoniales, soumise, en principe, aux règles du Droit commun.

Ces propositions conduisent, pour les personnes pourvues d'un conseil judiciaire, et pour celles qui se trouvent dans un état habituel d'imbécillité ou de démence, aux applications suivantes :

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, pouvant contracter mariage sans l'assistance de ce conseil, est aussi capable de régler, sans cette assistance, ses conventions matrimoniales, en ce sens qu'il lui est permis de se soumettre, expressément ou tacitement, à la communauté légale [[10] *bis*], ou de stipuler tout autre régime qui n'em-

[9] La ratification serait nulle aux termes de l'art. 1395, puisqu'elle tendrait à écarter ou à modifier le régime de la communauté légale que les époux sont présumés avoir adopté. Req. rej., 6 avril 1858, Sir., 59, 1, 17. Nîmes, 12 novembre 1863, Sir., 64, 2, 158.

[[9] *bis*. Voy. Cep. note 30 *infrà*, et § 503, note 10, § 503*bis*, note 3 *ter*. E. B.]

[10] Civ. rej., 10 avril 1866, Sir., 66, 1, 190. Cpr. Toulouse, 2 juin 1857, Sir., 57, 2, 513. [Aj. les arrêts cités à la note 2 *suprà*.]

[[10] *bis*. Cass., 10 mai 1898. S., 1899, 1, 433 (note Esmein). Paris, 13 juillet 1896, Dall., 1896, 2, 302.]

porte que dans une mesure plus restreinte aliénation ou disposition de ses biens. C'est ainsi qu'il peut, sans l'assistance de son conseil, soit adopter le régime dotal ou un régime simplement exclusif de communauté, soit restreindre, au moyen d'une clause de réalisation, les effets de [la] communauté légale. Mais cette assistance lui est indispensable pour passer des conventions matrimoniales dont l'effet serait de conférer à son conjoint des avantages, actuels ou éventuels, simples ou réciproques, plus étendus que ceux qui résultent de la communauté légale, pour consentir, par exemple, une communauté universelle, et des clauses d'ameublissement ou de partage inégal de la communauté[11]. A plus forte raison aurait-il besoin de la même assistance pour disposer, à titre purement gratuit, au profit de son futur conjoint[12], et, à cet égard, il n'y a

[11] Cpr. sur ces propositions : § 140, texte et note 24.

[12] M. Troplong (I, 97), écartant l'application de l'art. 513, et donnant à la maxime *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, un sens absolu, reconnaît au prodigue une capacité pleine et entière pour faire, sans l'assistance de son conseil, au profit de son futur conjoint, toute espèce de donations, soit de biens à venir, soit même de biens présents. Son opinion, qui a été adoptée par un arrêt de la Cour suprême (Civ. cass., 24 décembre 1856, Sir., 1, 57, 246), s'appuie sur les motifs suivants : 1° la liberté du consentement, qui est l'âme du mariage, doit dominer également dans le contrat de mariage, qui en est la condition : 2° on ne peut diviser le contrat de mariage, et, tout en maintenant le régime que les époux ont adopté, annuler les donations qui s'y trouvent mêlées ; 3° l'art. 513 ne saurait recevoir application au contrat de mariage du prodigue, puisque les prohibitions d'aliéner et d'hypothéquer qu'il établit feraient obstacle à la constitution de l'hypothèque de la femme sur les biens du mari, et à d'autres conséquences du régime de la communauté, ce qui est inadmissible ; 4° enfin, en subordonnant la validité du contrat de mariage à l'assistance du conseil, on fait dépendre le mariage même de la volonté d'un tiers. Ces arguments ne nous paraissent ni concluants, ni même juridiquement exacts. Le premier n'est, nous le croyons, qu'une pétition de principe, masquée sous une équivoque de mots. Le principe du libre consentement des époux, comme condition essentielle du mariage, n'a d'autre signification que celle-ci : la loi ne reconnaît aucun effet, ni à une promesse de mariage, ni à la défense de se marier imposée à une personne, comme condition d'une donation ou d'un legs ; les époux doivent, jusqu'à la célébration du mariage, rester parfaitement

aucune distinction à établir entre les donations de biens

libres de s'arrêter ou de passer outre. Or, ce principe n'est aucunement engagé dans la question qui nous occupe. Il s'agit ici de savoir si la faculté dont jouit une personne de se marier sans le consentement d'un tiers emporte nécessairement pour elle, quelle que soit sa condition civile, capacité pleine et entière de disposer de ses biens par contrat de mariage ; et cette thèse, qui aurait besoin d'être justifiée, la Cour de cassation se contente de l'énoncer sous forme d'axiome. Il en est de même de la prétendue indivisibilité des différentes stipulations et dispositions contenues dans un contrat de mariage. L'objet principal de ce contrat consiste dans la détermination du régime que les futurs époux entendent adopter. Le plus souvent, il est vrai, les contrats de mariage contiennent également des donations de biens présents ou à venir faites par des tiers aux futurs conjoints, ou par l'un des futurs époux à l'autre; mais, quelque intime que puisse être le rapport de connexité existant entre ces donations et le régime dont les époux ont fait choix, elles n'en sont cependant pas absolument inséparables; elles peuvent être révoquées ou annulées, sans que, pour cela, le contrat tombe quant à son objet principal. Ainsi, qu'une constitution dotale, faite en faveur de l'un des époux, soit annulée pour défaut de capacité dans la personne du constituant, ou révoquée pour cause de survenance d'enfants, le régime adopté par les époux n'en subsistera pas moins sans modification. [Cpr § 504, note 24.] Il y a plus : la Cour de cassation reconnaît elle-même qu'une donation faite par l'un des futurs époux à l'autre est susceptible d'être annulée en vertu de l'art. 901, comme émanée d'une personne qui n'était pas saine d'esprit. Or, cela serait-il possible, si les diverses conventions et dispositions contenues dans un contrat de mariage formaient un tout absolument indivisible? Et si une donation faite par l'un des futurs époux à l'autre est susceptible d'être annulée en vertu de l'art. 901, nous ne voyons pas pourquoi elle ne pourrait pas l'être aussi en vertu de l'art. 513. La circonstance qu'au dernier cas, il ne s'agirait que d'une incapacité purement civile, tandis qu'au premier, l'incapacité serait morale, ne peut évidemment avoir d'influence sur la solution de la question, qui est toujours de savoir si la nature du contrat de mariage s'oppose à toute division des conventions qu'il renferme. L'argument pris de ce que l'application de l'art. 513 au contrat de mariage du prodigue ferait obstacle à certaines conséquences du régime de la communauté légale, et à l'efficacité de l'hypothèque de la femme, n'est donc pas plus solide que les deux premiers. Nous croyons l'avoir suffisamment réfuté à la note 24 du § 140, en ce qui concerne les effets qu'entraîne la soumission au régime de la communauté légale; et en tant que le raisonnement s'applique à l'hypothèque légale de la femme, il porte si évidemment à faux, qu'on éprouve quelque étonnement à le trouver dans

les considérants d'un arrêt de la Cour régulatrice. L'hypothèque de la femme sur les biens du mari est une conséquence légale et nécessaire du mariage; ce n'est pas le mari qui la constitue par un acte de libre volonté; c'est la loi qui l'établit dans les vues d'ordre public, en l'attachant au fait même du mariage, et sans égard à la nature particulière du régime dont les époux ont fait choix. L'établissement de cette hypothèque ne prouve donc absolument rien pour la capacité du prodigue de disposer par contrat de mariage. Reste cette considération que la nécessité du consentement du conseil judiciaire aux conventions matrimoniales du prodigue pourrait, dans certains cas, devenir un empêchement au mariage même. Nous répondrons que, si la personne à laquelle le prodigue veut s'unir, au lieu de se contenter des avantages, peut-être déjà considérables, que lui offrirait l'adoption de la communauté légale, exige des concessions exagérées, auxquelles le conseil croit de son devoir de résister, et que, si ce refus d'assistance peut ainsi devenir un empêchement à la conclusion du mariage, un tel résultat n'est certes pas, dans les circonstances où il se produit, une raison pour rendre momentanément au prodigue la libre disposition de sa fortune. Que si (ce que l'on ne doit pas facilement supposer) le conseil refusait son consentement à des avantages qui, eu égard à la fortune et à la position du prodigue, ne présenteraient rien d'exagéré et d'abusif, ce refus ne créerait point un obstacle insurmontable : le prodigue serait autorisé à s'adresser aux tribunaux pour faire enjoindre au conseil de lui prêter son assistance, ou pour provoquer son remplacement. Nous ajouterons comme justification de notre manière de voir, qu'il n'existe aucun texte qui, quant à la passation d'un contrat de mariage, relève complètement le prodigue de l'incapacité d'aliéner ses biens, dont la loi le frappe pour le garantir contre sa propre faiblesse et contre les entraînements de la passion; et tout ce qu'en bonne logique, il est permis de conclure de la faculté qu'il conserve de se marier sans l'assistance de son conseil, c'est qu'il peut aussi sans cette assistance se soumettre, soit par convention expresse, soit tacitement, et par le fait même du mariage, aux conséquences du régime de la communauté légale. Restreinte à ces termes, la maxime *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia,* est parfaitement rationnelle, et porte en elle-même sa justification; mais rien n'autorise à dire que le législateur ait entendu la consacrer dans le sens absolu que lui attribuent M. Troplong et la Cour de Cassation. Les art. 1095 et 1398, qui permettent au mineur de faire, par contrat de mariage, et au profit de son futur conjoint, des donations réciproques, ou même simples, subordonnent l'exercice de cette faculté à l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour le mariage; et cette condition garantit pleinement ses intérêts et ceux de sa famille. Les dispositions de ces articles, fondées d'ailleurs sur des considérations particulières au mariage des mineurs, loin de pouvoir être invoquées à l'appui d'une doc-

présents, et les donations de biens à venir seulement[13]. Art. 499 et 513, et arguments de ces articles.

trine qui laisserait le prodigue sans protection, précisément dans la circonstance où la séduction est le plus à craindre, semblent au contraire la condamner. Cette doctrine prête encore à critique sous un autre point de vue, qui paraît avoir échappé à la Cour de Cassation. Si, comme on le prétend, l'art. 513 est inapplicable aux conventions matrimoniales du prodigue, l'art. 499 devra de même, et par des raisons identiques, rester sans application au contrat de mariage de la personne pourvue d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit. La conséquence serait forcée, et ne suffit-il pas de la signaler pour démontrer l'erreur et les dangers de la doctrine dont elle découle? Que l'on ne dise pas que le faible d'esprit et sa famille trouveront toujours dans l'art. 901 un remède qui leur permettra d'attaquer, pour cause d'insanité d'esprit, les dispositions déraisonnables et excessives qu'il aura faites. Ce remède, en effet, pourrait bien faire défaut, alors même qu'il s'agirait de donations ouvertes; et, en tout cas, il ne s'appliquerait pas aux autres conventions matrimoniales, par lesquelles cependant le faible d'esprit pourrait avoir inconsidérément engagé ou aliéné sa fortune. En terminant, nous ferons remarquer que la Cour d'Agen, appelée à statuer sur le renvoi prononcé par l'arrêt de cassation du 24 décembre 1856, n'a pas hésité à adopter la solution que la Cour suprême avait cru devoir condamner (21 juillet 1857, Sir., 57, 2, 530). Voy. dans le sens de notre opinion les autorités citées à la note suivante. [La Cour de Cassation a d'abord persisté dans sa jurisprudence. Cass., 5 juin 1889, Sir., 1889, 1, 413. Mais la Cour d'Orléans, saisie du renvoi prononcé par le précédent arrêt, ayant jugé comme la première Cour d'appel dont l'arrêt avait été cassé (Orléans, 11 décembre 1890, Sir., 1891, 2, 199), la Cour de Cassation, chambres réunies, s'est enfin prononcée dans le sens de la nullité des donations. Cass., 21 juin 1892, S., 1894, 1, 449 (note Bufnoir). Voy. dans le même sens Planiol, III[4], n[os] 791 et 792.]

[13] Marcadé, sur l'art. 513, n° 1, et sur l'art. 1398, n° 4. Valette, sur Proudhon, II, p. 468, note *a*. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, n° 702. Demante, *Cours*, II, 285 *bis*, V. Demolombe, III, 23; VIII, 737 et suiv. Valabrègue, *Revue pratique*, 1867, XXIV, p. 291. Amiens, 21 juillet 1852, Sir., 52, 2, 572. Bordeaux, 7 février 1855, et Pau, 31 juillet 1855, Sir., 56, 2, 65 et 68. Voy. en sens contraire : Toullier, II, 1379; Duranton, III, 800, et XIV, 15; Rodière et Pont, I, 48; Odier, II, 613 et 614; Chardon, *Puissance tutélaire*, n° 270. Cette dernière opinion ne nous paraît pas compatible avec la nature de l'institution contractuelle qui, au point de vue de la capacité des parties, doit, à raison de son irrévocabilité, être plutôt assimilée à une donation entre vifs qu'à une disposition testamentaire. Cpr. § 739, texte n° 2.

Les personnes dont l'interdiction a déjà été prononcée sont civilement incapables de faire un contrat de mariage, comme elles le sont de conclure toute autre convention. Si donc, un interdit s'était marié après avoir passé un pareil contrat, son tuteur ou ses héritiers seraient fondés à en demander la nullité par application de l'art. 502, encore que le mariage même fût valable, comme ayant été célébré pendant un intervalle lucide, ou qu'il se trouvât protégé par des fins de non-recevoir contre toute action en nullité[14].

[14] Req. rej., 28 décembre 1831, Sir., 32, 1, 358. Cpr. aussi les arrêts cités aux deux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Troplong, I, 99 et suiv. Cet auteur enseigne que le contrat de mariage doit suivre le sort du mariage, dont il forme, selon lui, un accessoire inseparable, et que les mêmes fins de non-recevoir, qui défendent le mariage contre toute attaque, protègent également le contrat de mariage. Les raisons d'équité et de convenance, qu'il fait valoir à l'appui de cette thèse, sont pour le moins balancées par des considérations en sens opposé. Si, dans certaines circonstances exceptionnellement favorables, l'équité semble réclamer le maintien de conventions matrimoniales au profit du conjoint de l'interdit, cette solution, dans les cas ordinaires, sacrifierait les intérêts légitimes de la famille à de coupables spéculations, et soulèverait les protestations de la conscience publique. Mais quoi qu'il en soit de la question de savoir [si] le législateur eût bien ou mal fait de consacrer la doctrine de M. Troplong, nous ne pensons pas qu'elle puisse se justifier d'après les dispositions du Code, dans l'interprétation et l'application desquelles il convient de se renfermer. Il n'existe, en effet, aucun texte qui, soit en général, soit pour l'interdit en particulier, ait tellement lié le sort du contrat de mariage au mariage même, que le maintien de l'union des personnes doive nécessairement emporter le maintien de leurs conventions matrimoniales. Les deux actes diffèrent essentiellement, en ce que le mariage est une institution morale et d'ordre public qui, à ce double point de vue, est soumise à des règles particulières, tandis que le contrat de mariage ne règle ou ne crée que des intérêts purement civils et pécuniaires ; il reste donc, d'après son objet, soumis aux règles ordinaires qui régissent les conventions et, par suite, à celle de l'art. 502. Vainement objecte-t-on que cet article étant étranger au mariage de l'interdit, doit, par analogie de raison, rester également sans application à son contrat de mariage. La réponse à cette objection est bien simple : Le titre *Du mariage* contient un chapitre spécial consacré aux nullités de mariage, et les dispositions de ce chapitre excluent, par leur ensemble et d'après l'esprit dans lequel elles ont été diri-

L'individu qui se trouve dans un état plus ou moins permanent de démence, mais dont l'interdiction n'a pas encore été prononcée, conservant, malgré la faiblesse ou l'altération de ses facultés mentales, la capacité de se marier et de disposer de ses biens dans des intervalles lucides, peut, dans un pareil intervalle, régler avec une entière liberté ses conventions matrimoniales, et même faire, en faveur de son futur conjoint, des dispositions à titre gratuit. Néanmoins, si son interdiction venait à être prononcée plus tard, son tuteur ou ses héritiers seraient admis à demander l'annulation de son contrat de mariage, en offrant de prouver, conformément à l'art. 503, que les causes de l'interdiction existaient notoirement à l'époque de la passation de ce contrat[15]. D'un autre côté, et dans le cas même où l'interdiction n'aurait été ni prononcée ni provoquée, les donations contenues au contrat de mariage seraient susceptibles d'être attaquées, aux termes de l'art. 901, comme émanées d'une personne qui n'était pas saine d'esprit[16].

Le majeur, d'ailleurs capable de disposer de ses biens, peut, encore qu'il ait besoin, pour contracter mariage, du consentement d'un ascendant, régler seul, et comme il l'entend, les conventions matrimoniales.

D'un autre côté, rien n'empêche que deux personnes qui, à raison d'un lien de parenté ou d'alliance existant entre elles, ont besoin d'une dispense pour se marier, ne fassent dresser leur contrat de mariage avant d'avoir obtenu cette dispense[17].

gées, l'application de l'art. 502. Cpr. § 464, texte n° 1. Mais rien de pareil ne se trouve au titre *Du contrat de mariage*, et l'on chercherait en vain un texte qui autorise le juge ou l'interprète à soustraire le contrat de mariage de l'interdit à la nullité prononcée par l'article précité.

[15] Dès que l'on admet l'application de l'art. 502 au contrat de mariage de l'interdit, on ne peut, sans inconséquence, refuser d'y appliquer également l'art. 503. Cet article, en effet, ne crée point une nullité particulière, et ne décide qu'une question de preuve. Riom, 17 juillet 1839, Sir., 40, 2, 66.

[16] Civ. rej., 23 décembre 1856, Sir., 57, 1, 244.

[17] Rodière et Pont, I, 54. Paris, 9 février 1860, *Pal.*, 1860, 1, 359.

3° Le principe d'après lequel la capacité d'aliéner ou de disposer par contrat de mariage reste soumise aux règles du Droit commun a reçu une importante modification, en ce qui concerne les mineurs. Suivant l'art. 1398, avec lequel il faut combiner les art. 1095 et 1309[18], le mineur habile à contracter mariage peut, sous l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour se marier[19], non seulement régler en toute liberté ses conventions matrimoniales, mais encore faire, en faveur de son futur conjoint, toute sorte de donations, simples ou réciproques, qu'il serait autorisé à faire s'il était majeur.

Le mineur qui n'a pas encore atteint l'âge requis pour le mariage ne jouit pas moins de cette capacité exceptionnelle lorsqu'il a préalablement obtenu une dispense d'âge[20]. Mais le contrat de mariage qu'avant l'obtention de cette dispense, il aurait passé, même avec l'assistance des personnes sous l'autorité desquelles il était placé, se trouverait entaché de nullité, et ne serait pas validé par une dispense d'âge obtenue plus tard[21].

[18] Les dispositions de ces divers articles dérogent, sous un double rapport, aux principes du Droit commun : 1° elles relèvent le mineur de l'incapacité absolue de donner par acte entre vifs, que prononce l'art. 903 ; 2° elles s'écartent de la règle posée par l'art. 450, en ce que le tuteur n'est point appelé à représenter le mineur, qui doit figurer personnellement dans le contrat de mariage, sous l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

[19] Le consentement de ces personnes suffit, quand même elles ne gèrent pas la tutelle du mineur. C'est ce qui arriverait notamment dans le cas où la mère survivante aurait été par suite de convol en secondes noces, privée de la tutelle de ses enfants du premier lit. Duranton, XIV, 13. Odier, II, 606. Rodière et Pont, I, 40, Troplong, I, 281. Zachariæ, § 502, note 8, *in fine*. Bastia, 3 février 1836, Sir., 36, 2, 247.

[20] Zachariæ, § 502, texte et note 2. Bastia, 3 février 1836, Sir., 36, 2, 247.

[21] Duranton, XIV, 14. Rodière et Pont, I, 40. Odier, II, 604. — La nullité du contrat de mariage serait-elle effacée par la célébration du mariage contracté seulement après que les époux avaient atteints l'âge requis, ou couverte par les fins de non-recevoir qui protège-

L'ascendant dont le consentement est nécessaire au mineur pour se marier a seul qualité pour l'habiliter en ce qui concerne son contrat de mariage: personne ne peut le remplacer dans cette attribution, qu'il exerce d'ailleurs en qualité d'ascendant, et non point comme tuteur, fût-il de fait investi de cette qualité. On doit en conclure que l'ascendant assisterait valablement le mineur, dans le cas même où il existerait entre eux quelque opposition d'intérêt, au sujet de telle clause ou stipulation du contrat de mariage[22]. [On doit en conclure encore que dans le cas où l'un des ascendants a qualité pour consentir au mariage, un autre ascendant devant d'ailleurs être consulté à ce sujet, non seulement le premier a seul qualité pour assister le mineur à l'effet de passer son contrat de mariage, mais encore il n'est pas nécessaire qu'il soit établi que l'autre ascendant ait été consulté[22] *bis*. On doit en conclure pareillement, dans l'hypothèse de l'art. 152 *in fine* (loi du 21 juin 1907), que celui de père et mère qui n'a pas qualité pour consentir au mariage de l'enfant, à l'exclusion de l'autre, qui cite à cette fin ce dernier devant le tribunal de première instance siégeant en chambre du conseil, et qui obtient gain de cause, a qualité, non seulement pour consentir au mariage, mais aussi pour assister le mineur dans son contrat de mariage[22] *ter*.] Cette proposition, toutefois, ne s'applique qu'aux conventions matrimoniales proprement dites, c'est-à-dire à celles qui ont pour objet la formation ou le règlement de l'association conjugale. S'il s'agissait d'une convention étrangère à cet objet, à passer avec l'ascendant ou avec un tiers, on resterait, malgré l'insertion de cette convention au contrat de mariage, sous l'empire du Droit commun[23].

La capacité que l'art. 1398 confère au mineur ne s'applique

raient le mariage célébré avant cette époque? Cpr. textes et notes 32 et 33 *infrà*; § 501, texte, notes 10 et 11.

[22] Civ. rej., 23 février 1869, Sir., 69, 1, 193.

[[22] *bis*. Agen, 24 octobre 1888, Sir., 1892, 2, 310.]

[[22] *ter*. Cpr. § 462, note 31 *bis*.]

[23] Civ. rej., 10 décembre 1867, Sir., 68, 1, 121. [Cass., 11 décembre 1882, Sir., 1883, 1, 411.]

point à la réduction de l'hypothèque légale, réduction que la femme mineure ne peut consentir, même avec l'assistance des personnes sous l'autorité desquelles elle se trouve placée quant au mariage[24].

Sauf cette restriction toute spéciale, la capacité des mineurs est aussi étendue que celle des majeurs. Il en résulte que la femme mineure qui se marie sous le régime dotal peut, avec l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour se marier, déclarer aliénables ses immeubles dotaux[25], et même conférer à son mari le pouvoir irrévocable de les vendre sans l'observation des formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs[26]. Mais il est bien entendu que, si la femme mineure

[24] Art. 2140. Cpr. § 264 *ter*, texte n° 4, et note [42]; Zachariæ, § 502, note 4, *in fine*.

[25] Le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux de la femme mariée sous le régime dotal, principe qui, du moins dans certains pays de Droit écrit, était considéré comme une disposition d'ordre public, n'a pas le même caractère sous notre législation actuelle. Aujourd'hui, l'inaliénabilité des biens dotaux n'est plus que le résultat d'une convention parfaitement libre de la part des futurs époux, et dont ils sont les maîtres de déterminer ou de modifier les effets comme ils l'entendent. Il n'y aurait pas plus de raison pour dire que la femme mineure ne peut, avec l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour le mariage, déclarer aliénables ses biens dotaux, qu'il n'y en a pour soutenir qu'elle ne peut modifier les effets ordinaires du régime de la communauté. Merlin, *Rép.*, v° Dot, § 2, n° 11. Delvincourt, III, p. 4. Bellot des Minières, I, p. 71. Duranton, XIV, 14. De Fréminville, *De la minorité*, II, 958. Rodière et Pont, I, 41. Troplong, I, 273. Zachariæ, § 502, texte et note 4. Nîmes, 26 janvier 1825, Sir., 25, 2, 312. Req. rej., 7 mai 1826, Sir., 27, 1, 15. Agen, 25 avril 1831, Sir., 31, 2, 154. Riom, 3 novembre 1840, Sir., 41, 2, 17. Voy. cep. en sens contraire : Riom, 3 novembre 1809, Sir., 14, 2, 79. Agen, 15 janvier 1824, Sir., 24, 2, 73.

[26] Tout en reconnaissant, en principe, la validité d'un pareil pouvoir donné au mari, on a voulu soutenir qu'il devait, en ce qui concerne la dispense des formalités prescrites pour l'aliénation des biens de mineurs, rester sans effet pendant la minorité de la femme. Mais les arguments par lesquels on a cherché à justifier cette restriction ne sont que spécieux. La femme, dûment assistée, agit et contracte comme majeure : elle est habile à consentir toutes les conventions qu'elle serait autorisée à faire, si elle était réellement majeure, et il y aurait contradiction manifeste à lui conférer une

n'avait donné pouvoir au mari de vendre ses immeubles qu'avec son consentement, l'accomplissement de ces formalités deviendrait indispensable, tant que durerait la minorité de la femme, pour l'habiliter à donner ce consentement[27].

Les termes de l'art. 1398 : « pourvu qu'il ait été *assisté*, « *dans le contrat, des personnes* dont le consentement est « nécessaire pour le mariage, » ne doivent pas se prendre dans le sens de la nécessité d'une présence individuelle et réelle; l'intervention de ces personnes au contrat de mariage peut être valablement suppléée au moyen d'un acte authentique, portant en détail les conventions et dispositions auxquelles elles entendent donner leur adhésion [28]. Lorsque le mineur, n'ayant plus d'ascendants, a besoin pour le mariage du consentement du conseil de famille, l'assistance de ce conseil se réalise à l'aide d'une délibéra-

majorité anticipée pour le contrat lui-même, et à la traiter de nouveau comme mineure, et tant qu'il s'agirait de l'exécution de ce contrat. Le mandat, tel qu'il a été donné au mari et qu'il a pu l'être, doit sortir son effet, sans égard à la condition personnelle de la femme au moment où le mari en fera usage. Troplong, I, 275 et suiv. Rodière et Pont, I, 41. Req. rej., 12 janvier 1847, Sir., 47, 1, 241.

[27] Grenoble, 16 décembre 1848, Sir., 49, 2, 417.

[28] En combinant l'art. 1398 avec les art. 1095 et 1309, qui emploient cumulativement les termes *consentement et assistance*, on pourrait être porté à penser que le législateur a voulu exiger la présence au contrat des personnes dont le consentement au mariage est nécessaire. Mais cette interprétation entraînerait souvent des difficultés presque insurmontables, surtout s'il s'agissait de l'assistance du conseil de famille. Le mode indiqué au texte paraît complètement satisfaire au vœu de la loi. Duranton, IX, 765. Voy. cep. Zachariæ, § 502, note 3. — MM. Rodière et Pont (I, 44) et Rolland de Villargues (*Rép. du notariat*, v° Contrat de mariage, n° 27) pensent même que l'ascendant, dont l'assistance est nécessaire, pourrait se faire représenter par un mandataire, porteur d'un pouvoir général et illimité, qui lui permettrait d'autoriser le mineur à faire toute espèce de conventions ou de donations. Cette opinion nous paraît contraire à l'esprit de la loi : il s'agit ici, pour les ascendants, d'un droit de conseil et de protection, dans l'exercice duquel ils peuvent sans doute se faire représenter par un tiers qui, muni d'instructions précises et détaillées, ne sera que leur organe, mais dont la nature et l'objet résistent à la possibilité d'une délégation absolue. Cpr. la note suivante.

tion contenant une approbation détaillée des conventions et dispositions projetées, délibération dont une expédition est produite par le tuteur ou par les membres du conseil chargés de concourir à la passation du contrat de mariage[29].

La nullité du contrat de mariage, résultant du défaut de capacité de l'un des époux, est simplement relative, en ce sens du moins que l'époux qui jouissait de la capacité nécessaire ne peut l'opposer à son conjoint, et que dès lors les clauses et stipulations du contrat de mariage devront, si celui-ci ou ses héritiers le demandent, servir de base à la liquidation de leurs droits respectifs[30]. Il est, du reste,

[29] Le vœu de la loi ne serait pas suffisamment rempli par une délibération du conseil de famille qui, sans spécifier les conventions et donations que le mineur sera autorisé à faire, se bornerait à désigner le tuteur ou quelques membres du conseil, à l'effet de l'assister dans la passation de son contrat de mariage. Civ. rej., 19 mars 1838, Sir., 38, 1, 200. Civ. cass., 15 novembre 1858, Sir., 59, 1, 385. [Cass., 16 juin 1879, Sir., 1880, 1, 166.]

[30] Rodière et Pont, I, 46; Odier, II, 640. Marcadé, sur l'art. 1398, n° 2; Troplong, I, 288; Larombière, *Des obligations*, I, p. 179, et VI, 145. Voy. en sens contraire : Bertaud, *Revue critique*, 1862, XXI, p. 195 et 196. — La nullité dont il s'agit ne pourrait-elle pas être invoquée par les tiers, et spécialement par un créancier des époux, auxquels ces derniers opposeraient le contrat de mariage, pour faire tomber des poursuites exercées sur les biens de la femme? La Cour de cassation (Civ. rej., 5 mars 1855, Sir., 55, 1, 348) a décidé l'affirmative. Les considérants de son arrêt, dépassant les nécessités de l'espèce, posent même en thèse que la nullité résultant du défaut de l'assistance requise par l'art. 1398 est susceptible d'être proposée par *toute personne* ayant intérêt à s'en prévaloir. Cette doctrine nous paraîtrait trop absolue, si elle devait s'appliquer même aux rapports des époux entre eux et à la liquidation de leurs droits respectifs. Nous comprenons que les tiers avec lesquels les époux ont traité soient fondés à dire que l'époux qui manquait de la capacité requise se trouvant placé, pendant le mariage, dans l'impuissance de confirmer son contrat de mariage, est, par cela même, non recevable à leur opposer ce contrat, pour se soustraire aux effets des conventions passées par eux. Il ne faut pas, d'ailleurs, que la condition des tiers demeure livrée au bon plaisir de l'un des époux qui, après avoir invoqué son contrat de mariage, dans une circonstance où il avait intérêt à le faire, n'en resterait pas moins le maître de le répudier plus tard; et l'on peut admettre qu'en contractant pendant le mariage des engagements d'ailleurs valables, l'époux qui était encore mineur

bien entendu que l'époux qui manquerait de la capacité

lors de la passation de son contrat de mariage, renonce implicitement, au profit des tiers envers lesquels il s'oblige, à se prévaloir de ce contrat, en tant qu'il ferait obstacle au maintien ou à la réalisation de leurs droits. La disposition du second alinéa de l'art. 1125, aux termes duquel les personnes capables de s'engager ne peuvent, pour se soustraire à l'exécution de conventions qu'elles ont passées avec un incapable, se faire une arme de son incapacité est étrangère aux rapports des deux parties avec leurs créanciers communs ou respectifs, et ne s'oppose, en aucune façon, à la solution que nous venons d'indiquer. Mais nous ne voyons pas de raisons suffisantes pour écarter l'application de cet article, quand il ne s'agit plus que de régler, entre les époux eux-mêmes, le sort et les effets d'un contrat de mariage, annulable pour cause d'incapacité de l'un d'eux. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et la règle qui veut qu'elles soient passées avant le mariage ne sont pas engagés dans la question qui nous occupe, et ne reçoivent aucune atteinte de l'application de l'art. 1125. A la vérité, dans le système de la nullité simplement relative du contrat de mariage passé par un mineur seul, l'époux qui jouissait de la capacité requise se trouvera, pendant toute la durée du mariage, dans l'incertitude sur sa position envers son conjoint, et cette incertitude sera sans doute fâcheuse pour lui. Mais les inconvénients d'une pareille situation s'attachent, dans une mesure plus ou moins grande, à tout contrat passé avec un incapable, et cependant ils n'ont pas paru suffisants au législateur pour donner à la partie capable le droit d'en demander la nullité. [La Jurisprudence de la Cour de Cassation n'a fait que se développer dans le sens contraire à l'opinion de MM. Aubry et Rau. Cass., 19 juin 1872, Sir., 1872, 1, 281. Cass., 16 juin 1879. Sir., 1880, 1, 166. Les cours d'appel admettent pareillement la nullité absolue. Nîmes, 9 mars 1875, Sir., 1876, 2, 181. Agen, 28 mai 1894, Sir., 1896, 2, 293. Riom, 17 juillet 1906, sous Cass., Sir., 1908, 1, 449. Les auteurs les plus récents partagent cette manière de voir. Planiol, III⁴, n° 839. Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n° 316. Je pense également, en ce qui me concerne, qu'il ne peut y avoir, en matière de contrat de mariage, que des nullités absolues. L'un des traits caractéristiques de la nullité relative, à savoir la possibilité de la confirmation, fait ici nécessairement défaut. La confirmation est impossible pendant la durée du mariage. Cpr. note 34 *infrà*. Elle n'est pas moins impossible dans l'intervalle de la rédaction du contrat de mariage à la célébration du mariage, à moins que l'acte d'où elle résulte ne soit intervenu dans les conditions fixées par l'art. 1394, qui sont précisément exclusives de celles de la confirmation proprement dite, qui est un acte unilatéral. Cpr. § 337, note 32. Je pense, en outre, contrairement à la

requise ne pourrait scinder le contrat, et devrait, ou l'accepter en son entier, ou le répudier pour le tout.

L'annulation du contrat de mariage pour défaut de capacité de l'un des conjoints a pour conséquence de faire considérer les époux comme s'étant soumis au régime de la communauté légale[31].

La nullité dont il s'agit n'est couverte, ni par le fait de la célébration du mariage en temps de complète capacité, ni par la circonstance que le mariage qui, dans le principe, était entaché du même vice que les conventions matrimoniales serait devenu inattaquable. C'est ainsi que le contrat de mariage passé par un mineur sans l'assistance des personnes dont le consentement lui était nécessaire n'est pas validé par cela seul que le mariage même n'a

formule donnée par MM. Aubry et Rau, § 337, note 16, pour la nullité de la contre-lettre des art. 1396 et 1397, abstraction faite de toute question de capacité, que la confirmation du contrat de mariage n'est même pas possible après la dissolution du mariage. C'est l'opinion qu'enseignait M. Bufnoir à la Faculté de Paris. Voy. d'ailleurs, dans le même sens, § 503, note 10, et § 503 *bis*, note 3 *ter*. On ne peut, en général, confirmer un acte qu'autant qu'on se trouve dans les conditions dans lesquelles on pourrait le faire régulièrement (cpr. § 337, notes 17 à 20), et il est clair qu'on ne concevrait pas qu'un contrat de mariage fût fait après la dissolution du mariage, art. 1394-1°. — Sans doute, le règlement des intérêts pécuniaires des époux, à la dissolution du mariage, peut se faire sur la base du contrat de mariage dont la nullité n'est pas demandée, mais ce n'est pas là une confirmation proprement dite, c'est une opération indépendante du contrat de mariage, qui vaut à titre de transaction sur les difficultés que son inexécution pourrait soulever. — Je ferai enfin remarquer, en faveur de la thèse de la nullité absolue du contrat de mariage, que cette grave dérogation au droit commun des nullités n'est peut-être pas la seule qu'il y ait lieu de relever en matière de contrat de mariage Cpr. note 35 *quater infrà*. E.B.]

[31] Troplong, I, 284. Riom, 23 juin 1853, Sir., 54, 2, 37. Civ. cass., 16 novembre 1858, Sir., 59, 1, 385. Civ. cass., 26 juillet 1859, Sir., 59, 1, 849. [Cass., 16 juin 1879. Sir., 1880, 1, 166. Nîmes, 9 mars 1875, Sir., 1876, 2, 181. Agen, 28 mai 1894, Sir., 1896, 2, 293.] Voy. cep. Bertauld, *Revue critique*, 1865, XXVI, p. 293 à 295; suivant ce savant auteur, auquel paraissent avoir échappé les deux arrêts ci-dessus cités de la Cour de Cassation, le régime auquel se trouveraient soumis les époux serait celui de la communauté réduite aux acquêts.

été célébré qu'après sa majorité[32], et bien moins encore par la circonstance que le mariage célébré également sans le consentement de ces personnes, ne serait plus susceptible d'être attaqué[33].

D'un autre côté, la nullité du contrat de mariage pour défaut de capacité de l'un des époux ne peut être effacée, pendant le mariage, par aucune confirmation, ni expresse, ni tacite[34]. La nullité résultant du défaut d'assistance du conseil de famille ne serait pas même couverte par le consentement ultérieur de ce conseil aux clauses du contrat de mariage et par la production à l'officier de l'état civil, au moment de la célébration du mariage, de l'acte contenant ce consentement[35].

Mais, après la dissolution du mariage, il est loisible à l'époux incapable ou à ses héritiers de renoncer à faire valoir la nullité produite par son incapacité.

[4° La loi n'a pas prévu l'hypothèse où le contrat de mariage aurait été passé sous l'empire d'un vice du consentement de l'un des futurs époux. Il y a lieu, dès lors, d'appliquer en pareil cas les règles du droit commun[35 *bis*], sauf peut-être en ce qui concerne le caractère de l'action en nullité[35 *ter*].

D'autre part, au moins en ce qui concerne les libéra-

[32] Duranton, XIV, 14. Voy. en sens contraire : Marcadé, sur l'art. 1398, n° 2.

[33] Cpr. § 501, texte *in fine*, notes 10 et 11.

[34] Rodière et Pont, I, 181. Troplong, I, 288. Riom, 23 juin 1853. Sir., 54, 2, 37 ; Civ. rej., 10 décembre 1867. Sir., 68, 1, 121. Cpr. note 9 *suprà*.

[35] Civ. cass., 20 juillet 1839, Sir., 69, 1, 849. [Agen, 28 mai 1894. Sir., 1896, 2, 293.]

[[35] *bis*. Planiol, III[4], n° 834.]

[[35] *ter*. Les raisons qui ont été données à la note 30, à l'appui du caractère absolu de la nullité dans l'hypothèse de l'art. 1398 ne nous paraissent pas moins fortes dans l'hypothèse d'un vice du consentement. L'intérêt des tiers à se prévaloir de la nullité paraît aussi légitime dans un cas que dans l'autre, et d'autre part, tout ce que j'ai dit de la confirmation, ou plutôt de l'impossibilité de la confirmation, s'applique aussi bien à l'hypothèse d'une action en nullité fondée sur un vice de consentement, qu'à l'hypothèse d'une action en nullité fondée sur l'art. 1398. E.B.]

lités[35] *quater* faites en contrat de mariage, le dol constitue une cause de nullité de ces libéralités, alors même qu'il émanerait d'un tiers[35] *quinquiès.*]

§ 503.

3. *De la forme et des frais du contrat de mariage. — De la publicité à laquelle il est soumis.*

1° Les conventions matrimoniales[1] doivent, à peine de nullité, être consignées dans un acte passé devant notaires[2]. Art. 1394.

[[35] *quater.* Aussi bien les libéralités faites par l'un des futurs époux à l'autre que les libéralités faites à l'un d'eux par un tiers. La règle posée au § 651, note 6, conduit donc à distinguer, dans le contrat de mariage, en ce qui concerne les conséquences du dol, entre les libéralités faites par l'un des futurs époux à l'autre et les conventions matrimoniales proprement dites. Mais si l'on songe au caractère de libéralités que prennent, dans certains cas, au moins sous certains points de vue et vis-à-vis de certaines personnes, les conventions matrimoniales elles-mêmes (art. 1527; cpr. § 690, notes 12 à 21), on se demandera si l'exception qui résulte de la règle posée au § 651, ne s'étend pas, dans une certaine mesure, aux conventions matrimoniales elles-mêmes, et s'il ne serait pas plus sage, dans ces conditions, de la généraliser absolument à ces conventions, quelles qu'elles soient, et quelles que soient les personnes qui les critiquent. E. B.]

[[35] *quinquiès.* Cpr. § 651, note 6.]

[1] Les termes de l'art. 1394, *toutes conventions matrimoniales*, comprennent même les conventions accessoires, faites au sujet du contrat de mariage, et notamment celle par laquelle l'un des futurs époux ou un tiers s'engagerait à supporter seul les frais de ce contrat. Un pareil engagement ne serait pas valable, s'il n'était constaté dans la forme prescrite par cet article, de telle sorte que le serment litis-décisoire ne pourrait même pas être déféré sur l'existence de la promesse. Civ. cass., 21 juillet 1852. Sir., 52, 1, 696. Cpr. texte et note 8 *infra*.

[2] Il était autrefois d'usage dans plusieurs provinces, par exemple, en Normandie, en Poitou et en Alsace, de faire les contrats de mariage par acte sous seing privé. Les actes faits dans cette forme avant la promulgation du titre *Du contrat de mariage* sont restés valables, et ont dû recevoir leur exécution même pour les mariages célébrés seulement après cette époque. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, Lég., XII, p. 171, n° 10). Req. rej., 20 juin 1807,

On devrait cependant assimiler à un acte notarié le contrat de mariage sous seing privé, qui aurait été déposé en l'étude d'un notaire par toutes les parties, si d'ailleurs le dépôt s'en trouvait constaté par un acte notarié, antérieur à la célébration du mariage, et portant la mention que les parties, après avoir reçu lecture de leurs conventions, ont déclaré y persister[3].

En vertu de la règle *Locus regit actum*, les contrats de mariage passés en pays étranger, même entre Français, sont valables en France, quoique rédigés sous seing privé, si cette forme est admise par la loi du pays. Il en est ainsi, même pour les contrats de mariage de Français résidant dans les Echelles du Levant[4].

La rédaction des contrats de mariage est soumise à l'observation de toutes les règles et formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI, pour la validité des actes notariés en général. Ainsi, on ne pourrait prendre pour témoins d'un contrat de mariage, pas plus que de tout autre acte, des parents ou alliés au degré prohibé par les art. 8 et 10 de cette loi[5]. Ainsi encore, [avant la loi du 12 août 1902], les contrats de mariage [devaient], comme tous autres actes notariés, être reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins[6]. Mais la pré-

Sir., 7, 4, 142. Colmar, 20 août 1814, Sir., 15, 2, 161. Req. rej., 23 août 1832, Sir., 33, 1, 117. Civ. rej., 10 avril 1838, Sir., 38, 1, 289.

[3] Duranton, XIII, 43, Troplong, I, 185, Rodière et Pont, I, 140. Rouen, 11 janvier 1836, Sir., 36, 2, 217.

[4] Cpr. § 31, texte et note 72. Req. rej., 13 avril 1865, Sir., 65, 1, 317. [Cpr. sur cette matière § 504 *ter*, note 5.]

[5] Toullier, XII, 70. Bellot des Minières, I, p. 27. Battur, I, 54. Colmar, 16 mars 1813, Sir., 14, 2, 5. Riom, 20 novembre 1818, Sir., 20, 2, 1. Riom, 22 juin 1844, Sir., 44, 2, 397. Voy. cep. en sens contraire : Riom, 12 février 1818, Sir., 19, 2, 23.

[6] L'art. 1394 dit : par acte devant *notaire*. [Avant la loi du 12 août 1902.] on [avait] voulu tirer de ce nombre singulier la conséquence que les contrats de mariage pouvaient être reçus par un seul notaire sans l'assistance de témoins. Mais cette conséquence [était] évidemment erronée. Voy. art. 1081 et 1092, cbn. 931. Toullier, XII, 71. Bellot des Minières, I, p. 32. Duranton, XIII, 47. Odier, II, 644. Zachariæ, § 503, note 1re. Riom, 20 novembre 1818, Sir., 20,

sence réelle du notaire en second ou des témoins [n'était] pas requise à peine de nullité, alors même qu'il [s'agissait] de contrats contenant des donations faites par l'un des futurs époux à l'autre, ou par des tiers aux futurs époux[7]. [Depuis la loi du 12 août 1902, il suffit que le contrat de mariage soit reçu par un seul notaire, même s'il contient des donations[7] *bis*.]

La nullité du contrat de mariage, entaché d'un vice de forme, a pour conséquence nécessaire la soumission des époux au régime de la communauté légale. Cette nullité atteint non seulement les conventions arrêtées entre les époux eux-mêmes, mais encore les constitutions dotales ou autres dispositions faites en leur faveur par des tiers[8]. Elle ne se couvre pas par le fait de la célébration et n'est, pendant le mariage, susceptible d'être effacée par aucune confirmation[9]. Mais le contrat de mariage, nul en la forme, est susceptible de confirmation par les héritiers ; et, par suite, l'action en nullité se prescrit par dix ans, à partir du jour du décès de l'un des époux[10].

Les frais du contrat de mariage [[10] *bis*] constituent en principe, et à moins de conventions contraires, une dette commune aux deux époux, et dont ils sont tenus par égales portions[11]. Cette proposition, toutefois, ne s'applique pas

2, 1. Riom, 22 juin 1844, Sir., 44. 2, 397. Voy. en sens contraire : Riom, 12 février 1818, Sir., 19, 2, 23.

[7] Cpr. § 755, texte et note 13. Rodière et Pont, I, 142. Marcadé, sur l'art. 1394, n° 1.

[[7] *bis*. Il est d'ailleurs bien entendu que, s'il s'agissait d'une donation faite à l'un des futurs époux par acte séparé, elle resterait soumise à la règle de l'art. 2 de la loi du 21 juin 1841. Planiol, III[4], n° 807. Cpr. § 502, note 5.]

[8] Troplong, I, 187. Pau, 18 juin 1836, Sir., 36, 2, 546.

[9] Caen, 9 mai 1844, Sir., 45, 2, 76.

[10] Civ. rej., 26 avril 1869, Sir., 69, 1, 297. [Voy. toutefois § 503 *bis*, note 3 *ter*. Cpr. § 502, note 30 *in fine*. E. B.]

[[10] *bis*. Cpr. Bucaille, *Les frais du contrat de mariage*. Paris, 1907.]

[11] [Quel que soit le régime adopté.] En effet, ce contrat est dressé dans l'intérêt commun des deux époux. Civ. rej., 21 juillet 1852, Sir., 52, 1, 696. Cpr. Dijon, 3 décembre 1869, Sir., 70, 2, 17. Suivant cet arrêt, les frais du contrat de mariage devraient se diviser, entre les deux époux, dans la proportion de leurs apports respectifs. [La doctrine de la cour de Dijon a été suivie par la

aux frais et droits d'enregistrement spécialement afférents aux constitutions dotales, ou à des libéralités proprement dites faites par des tiers à l'un des époux, ou par l'un d'eux en faveur de l'autre : ces frais et droits forment, de leur nature, une dette personnelle à l'époux doté ou donataire[12].

Il ne faut, du reste, pas confondre avec la question de principe qui vient d'être examinée, celle de savoir quelle sera la situation respective des époux en ce qui concerne le paiement des frais de leur contrat de mariage. Cette dernière doit se résoudre par les règles qui, d'après le régime dont les époux ont fait choix, régissent leurs dettes antérieures au mariage[13].

cour d'Angers, 25 janvier 1905, Sir., 1906, 2. 49. et par la cour de Douai, 17 novembre 1899. *Revue du Notariat*, n° 27 108. Voy. en ce sens : Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n° 212. D'autres arrêts mettent ces frais à la charge de la communauté, arg. anal. art. 1482. V. Caen, 6 décembre 1877. Dall., 1879, 2, 134. Besançon, 21 décembre 1887. Dall., 1888, 2, 125. — Dans une doctrine toute différente, chacune des parties au contrat de mariage, et notamment chacun des époux, devrait être considéré, vis-à-vis du créancier des frais, comme un codébiteur solidaire. Cpr. § 414, note 12. Même en admettant cette manière de voir, qui ne nous paraît pas exacte, il faudrait se garder, croyons-nous, d'en conclure que la personne qui fait, dans le contrat de mariage, une donation à l'un des futurs époux, et qui est, en ce sens, et à ce point de vue, partie au contrat de mariage, est tenue solidairement, vis-à-vis du créancier, de la totalité des frais du contrat de mariage. Voy. cependant en sens contraire : Legrand, *Honoraires*, 217. Cette personne, à supposer qu'elle soit tenue solidairement (art. 1206 à 1208), ne l'est jamais que des frais qui résultent de la donation qu'elle a faite. La donation reste distincte, sous ce point de vue, des conventions matrimoniales. Cpr. § 503 *bis*, notes 1 *bis*, 1 *ter*, 10 *bis*, 11 et 28 *bis*.]

[12] [Cass., 8 décembre 1874, Sir., 1875, 1. 209. Planiol, III[4], n° 808.] Rodière et Pont, I, 195. D'après M. Troplong (I, 199), les frais du contrat et même les droits proportionnels d'enregistrement des constitutions dotales sont à la charge de ceux qui ont constitué la dot. Cette opinion nous paraît manquer de tout fondement juridique. L'arrêt de la Cour de Cassation du 1er juillet 1829, que M. Troplong cite en sa faveur, ne décide nullement la question.

[13] MM. Rodière et Pont (I, 196) pensent que les frais du contrat de mariage, autres que les droits proportionnels d'enregistrement,

[Ces règles cessent naturellement de s'appliquer, dans le cas où le contrat de mariage devient caduc, par suite de la rupture du projet de mariage. Il y a lieu alors de distinguer entre les honoraires du notaire, qui sont réductibles[13] *bis*, et les frais divers d'enregistrement, qui sont restituables sur présentation d'un acte de résiliation du contrat, qui n'est d'ailleurs pas soumis aux conditions de forme des art. 1396 et 1397[13] *ter*.]

2° Tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant doit être publié par extrait, d'après le mode prescrit en l'art. 67 du Code de commerce. Toutefois, l'inobservation de cette formalité n'entraîne pas la nullité des conventions matrimoniales, et n'empêche pas qu'elles ne puissent être opposées aux tiers par les époux, et en particulier par la femme[14] ; elle donne seulement lieu contre le notaire, rédacteur de l'acte, à l'application d'une amende et des autres conséquences pénales prononcées par l'art. 68 du Code de commerce.

Dans les cas prévus par les art. 69 et 70 de ce Code, la sanction de la loi consiste en ce que l'époux failli peut être condamné comme banqueroutier simple. Si une femme mariée sous le régime dotal avait, postérieurement à la célébration de son mariage, entrepris un commerce, sans remplir l'obligation que lui imposait l'art. 69, les tiers qui auraient contracté avec elle dans l'ignorance du régime sous lequel elle se trouvait placée seraient admis à poursuivre leur paiement sur les biens dotaux[15].

ne doivent être supportés pour moitié par la femme que dans le cas rare où le contrat ne confère au mari aucun cas de jouissance sur les biens de celle-ci, et que, dans tous les autres cas, ils doivent rester à la charge du mari. Nous ne saurions admettre cette opinion, qui se fonde sur la supposition, erronée selon nous, que les frais dont il s'agit constituent une des charges du mariage dont ils formeraient le premier article.

[13 *bis*. Montpellier, 6 décembre 1905. *Pandectes françaises*, 1906, 2, 328.]

[13 *ter*. Cpr. Viriot, *Caducité des conventions matrimoniales*, Paris, 1908, p. 271 et suiv.]

14 Req. rej., 20 avril 1869, 1, 359.

15 L'inobservation par la femme de l'obligation dont il s'agit

Ces dispositions, prescrites dans la vue de garantir les tiers contre les dangers de fausses déclarations concernant le régime sous lequel les époux sont placés, ont été élargies et complétées par la loi des 17 juin, 2 et 10 juillet 1850. Cette loi, devenue exécutoire à partir du 1er janvier 1851, a ordonné l'addition aux art. 75, 76, 1391 et 1394 du Code Napoléon, de plusieurs dispositions portant en substance ce qui suit :

Tout officier de l'état civil qui procède à la célébration d'un mariage doit, sous peine de l'amende fixée par l'art. 50 dudit Code, interpeller les époux et les personnes qui les assistent, de déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et d'indiquer, en cas d'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les noms et lieu de résidence du notaire qui l'a reçu. Il doit, de plus, insérer dans l'acte de mariage la réponse faite à cette interpellation. Si les époux ont faussement énoncé qu'ils se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du Droit commun, à moins que, dans les actes mêmes contenant engagement de sa part, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage.

Il résulte de l'ensemble de ces dispositions :

a. Que l'omission, dans l'acte de la célébration du mariage, de toute mention relative à l'existence ou à la non-existence d'un contrat de mariage reste sans influence sur le sort des conventions matrimoniales, et ne compromet en aucune façon les droits de la femme[16].

b. Que la femme mariée sous le régime dotal ne peut, en général, pour faire annuler des engagements par elle contractés, se prévaloir de son incapacité comme femme dotale, si l'acte de célébration du mariage porte qu'elle s'est mariée sans contrat.

constitue, même indépendamment de toute pensée de fraude, un quasi-délit, dont les conséquences engagent la dot. Cpr. § 358, texte n° 2. Bordeaux, 4 février 1858, Sir., 59, 2, 174. Req. rej., 24 décembre 1860, Sir., 61, 1, 983. Req. rej., 29 juillet 1869, Sir., 70, 1, 11. [Thaller[4], n° 216. Cass., 29 mars 1893, Sir., 1893, 1, 288. Voy. en sens contraire : Rennes, 4 mars 1880, Sir., 1881, 2, 265.]

[16] *Rapport à l'Assemblée nationale*, présenté par M. Valette, le 11 juin 1850, 3e partie, n° 6.

c. Que malgré cette déclaration, le contrat de mariage reste opposable aux tiers sous tous autres rapports, et notamment pour ce qui concerne la propriété et la consistance des apports de la femme, ainsi que les donations faites aux époux par des tiers, ou par l'un d'eux à l'autre[17].

§ 503 *bis*.

4. *De l'époque à laquelle le contrat de mariage peut être fait. — Des conditions sous lesquelles il est susceptible d'être modifié.*

1° *Principes de la matière.*

Le contrat de mariage doit, à peine de nullité, être fait avant la célébration du mariage[1]. Art. 1394.

[17] La disposition d'après laquelle la femme doit, à l'égard des tiers, être réputée capable de contracter dans les termes du droit commun, lorsque l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, est la seule sanction civile que contienne la loi des 17 juin-2 et 10 juillet 1850. Refuser à la femme, dans l'hypothèse dont il s'agit, le droit d'opposer aux tiers les clauses ou énonciations de son contrat de mariage, relatives à ses apports ou aux dispositions faites en sa faveur, ce serait étendre la pénalité établie par la loi : et cette extension est d'autant moins permise, que le rapport présenté par M. Valette, et la discussion qui a eu lieu au sein de l'Assemblée législative, prouvent, jusqu'à l'évidence, que la loi entière n'a eu pour objet que de prévenir les fraudes que pourraient commettre les femmes mariées sous le régime dotal, en affirmant qu'elles étaient mariées sans contrat, et en dissimulant ainsi l'incapacité de contracter dont elles se trouvaient frappées, en ce qui concerne la disposition ou l'engagement de leurs biens dotaux.

[1] En Droit romain, il était permis aux époux d'établir ou de modifier leurs conventions matrimoniales après la conclusion du mariage : *Pacisci post nuptias*, disait la Loi 1, *proe.*, D. *de pact. dotal.* (23, 4), *etiamsi nihil ante convenerit, licet.* La dot, en particulier, pouvait être, non seulement augmentée, mais même constituée pendant le mariage. Ces principes avaient été suivis, avec quelques modifications, dans les pays de Droit écrit. Mais nos coutumes avaient consacré un système diamétralement opposé : d'après ce système, le contrat de mariage ne pouvait être passé qu'avant la célébration du mariage, et, comme corollaire ou complément de cette règle, il était interdit aux époux d'apporter, pendant le

Il ne peut, après cette époque, recevoir aucun changement. Art. 1395. Mais il reste, jusque-là, susceptible d'être modifié sous les conditions déterminées par les art. 1396 et 1397. [Rien d'ailleurs n'empêche l'un quelconque des époux d'y déroger, par voie de disposition testamentaire, au moins en ce qui concerne les conventions matrimoniales[1] *bis*, par opposition aux libéralités qu'il renferme[1] *ter*.]

La règle posée par l'art. 1394 crée une incapacité rentrant dans le statut personnel, et qui, à ce titre, suit le Français en quelque pays qu'il aille s'établir. Elle atteint

mariage, aucun changement à leurs conventions matrimoniales. Ce système avait sa raison directe et principale dans la défense de tous avantages entre époux, qui forme un des traits caractéristiques du Droit coutumier. Les rédacteurs du Code civil, tout en jugeant inutile de maintenir cette défense rigoureuse et tout en se contentant de déclarer essentiellement révocables les donations entre époux, n'en crurent pas moins devoir maintenir les règles du droit coutumier sur la matière qui nous occupe. On ne peut qu'approuver le parti auquel ils se sont arrêtés : il importait, en effet, de prévenir les débats auxquels le désir d'obtenir des modifications au régime sous lequel le mariage a été contracté donnerait fréquemment lieu entre les époux, de les mettre eux-mêmes, leurs enfants ou leurs parents, à l'abri de surprises d'autant plus à redouter qu'il est toujours difficile, sinon impossible, d'apprécier les résultats possibles de modifications apportées au contrat de mariage, et, enfin, de garantir les tiers des mécomptes ou des fraudes auxquels les exposerait la latitude laissée aux époux de modifier, d'une manière plus ou moins profonde, les bases ou conditions de leur régime matrimonial. Cpr. *Exposé de motifs* par Berlier et *Discours au Corps législatif* de Siméon, orateur du Tribunat (Locré, *Lég.*, XIII, p. 277, n° 8, et p. 453, n° 15).

[[1] *bis*. Besançon, 6 janvier 1906, Sir., 1906, 2, 131. Cpr. § 537, note 7. Cpr. cep. Cass., 2 mars 1852, Sir., 1852, 1, 262. (Cité à la note 29 *infrà*). La Cour de Cassation, par cet arrêt, rejette bien le pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Montpellier, du 7 avril 1850, qui avait, dans une hypothèse analogue à celle de l'arrêt de la Cour de Besançon, du 6 janvier 1906, admis la même thèse que cette dernière. Mais l'arrêt du rejet est motivé de telle sorte que la Cour de Cassation a pu éviter de se prononcer sur la question de savoir si les conventions matrimoniales peuvent ou non être modifiées par voie de disposition testamentaire, et ne paraît pas l'admettre. E. B.]

[[1] *ter*. Cpr. notes 10 *bis* et 28 *bis infrà*. E. B.]

donc le contrat de mariage passé avec un Français qui, établi en pays étranger, s'y est marié avec une étrangère sous l'empire d'une loi d'après laquelle la passation d'un pareil contrat peut avoir lieu après la célébration du mariage. Dans cette hypothèse, les conventions matrimoniales et les donations contenues dans un contrat passé postérieurement à la célébration du mariage sont [nulles, parce que] l'acte [aurait dû être] dressé dès avant cette époque[2].

2° De la nullité du contrat de mariage, passé après la célébration du mariage.

Cette nullité peut, d'après les motifs sur lesquels sont fondées les dispositions des art. 1394 et 1395, être opposée, tant par les époux, l'un à l'autre, que par les tiers intéressés, à l'un et à l'autre des époux.

Si le contrat de mariage était du même jour que l'acte de mariage, les personnes intéressées à en faire prononcer la nullité seraient admises à prouver qu'il n'a été passé qu'après la célébration de l'union ; et cette preuve pourrait être faite par témoins, sans inscription de faux, alors même que les parties, qualifiées de futurs époux, auraient déclaré, dans l'acte, stipuler en vue du mariage qu'elles se proposaient de contracter[3].

[En sens inverse, si le contrat de mariage avait été passé avant le mariage, à un autre jour que celui de la célébration, et que l'acte notarié qui en a été dressé fût inexactement daté d'une date postérieure à celle de la célébration, les personnes intéressées à en faire reconnaître la

[2] [L'opinion de MM. Aubry et Rau, dans leur quatrième édition, était précisément contraire à celle que nous émettons au texte. Ils citaient en faveur de la leur :] Montpellier, 25 avril 1844, Sir., 45. 2. 7. Civ. rej., 11 juillet 1855, Sir., 55. 1. 699. Req. rej., 29 décembre 1867, Sir., 68, 1. 134. [Nous renvoyons, pour cette question, comme pour toutes celles que soulève le contrat de mariage, sous le point de vue du conflit des lois, à nos §§ 504 *bis* et 504 *ter*. E. B.]

[3] Riom, 11 janvier 1837, Sir., 37, 2, 421. Civ. rej., 18 août 1840, Sir., 40, 1, 785.

validité pourraient, mais par la voie de l'inscription de faux seulement, demander à établir qu'il a été réellement passé avant la célébration du mariage[3] *bis*.]

La nullité d'un contrat de mariage résultant de ce qu'il a été dressé postérieurement à la célébration du mariage ne peut, pendant le mariage, être couverte par aucune confirmation, ni expresse ni tacite. Mais, après la dissolution du mariage, rien ne s'oppose à la confirmation de ce contrat [[3] *ter*] et, par suite, l'action en nullité se

[[3] *bis*. Voy. en ce sens contraire; Pau, 3 mars 1909, Sir., 1910, 2, 76. La Cour de Pau argumente de ce que le succès de la procédure d'inscription de faux aboutirait, en pareil cas, à la substitution du régime établi par le contrat de mariage au régime de la communauté légale, dont la nullité apparente du contrat de mariage avait entraîné l'application; substitution, dit-elle, qui n'est autre chose qu'un changement aux conventions matrimoniales, prohibée par l'art. 1395. La Cour de Pau nous paraît avoir ici confondu la question de preuve et la question de fond.]

[[3] *ter*. J'admets bien, avec MM. Aubry et Rau, qu'à la dissolution du mariage par le décès ou par le divorce (réserve faite, toutefois, dans ce dernier cas, des difficultés que peut soulever, à cet égard, la disposition de l'art. 295, 2e al. Cpr. § 479, note 14), le conjoint survivant, les héritiers du prédécédé, ou les conjoints divorcés peuvent prendre pour base du règlement de leurs intérêts pécuniaires dans l'association conjugale dissoute, le contrat de mariage passé après la célébration du mariage. Il y a là une transaction, parfaitement régulière, dans les conditions du droit commun, aussi bien dans l'hypothèse où la nullité du contrat de mariage résulte de l'antériorité de la célébration du mariage, que dans celle où cette nullité résulte d'un vice de forme (cpr. § 503, note 10) ou de l'incapacité de l'un des futurs époux (cpr. § 502, note 30). — Mais de là à conclure à la possibilité d'une confirmation proprement dite, présentant, notamment, le caractère unilatéral qui s'attache à la confirmation véritable (cpr. § 337, note 32), il semble qu'il y ait assez loin. Comme la confirmation d'un acte juridique ne peut, en général, se produire que si l'on se trouve dans les conditions dans lesquelles l'acte dont la confirmation doit faire disparaître les vices pourrait être valablement passé (cpr. § 337, notes 17 à 20), et qu'il est de toute évidence que le contrat de mariage ne saurait être passé, en aucun cas, après la dissolution du mariage, il est permis de penser que la confirmation proprement dite de ce contrat de mariage est impossible, même après le décès de l'un des conjoints ou après le divorce. Cette doctrine, que j'ai indiquée à la note 30 du § 502, pour le cas où la nullité du contrat de mariage

prescrit par dix ans, [soit] à partir du jour du décès de l'un des

résulte de l'incapacité de l'un des futurs conjoints, ne s'impose pas avec moins de force quand la nullité résulte d'un vice de forme ou de l'antériorité de la célébration du mariage. — Il semble d'ailleurs, si on l'admet, qu'elle conduise à une autre conséquence que je n'hésite pas à admettre. Il devient impossible, dans ces conditions, d'appliquer à la nullité qui frappe le contrat de mariage la prescription de dix ans, puisque cette prescription suppose, en général, la possibilité de la confirmation de l'acte entaché de nullité. Cpr. § 339, texte n° 1, et notes 6 et 7. En ce qui me concerne, j'accepte cette conséquence; je crois qu'il ne peut s'agir ici que de la prescription de trente ans, extinctive de l'action en nullité qui appartient, en pareil cas, aux divers intéressés, conformément à ce qui a été dit au § 37, notes 15 à 18, sur les nullités en général. — J'ajoute qu'en dehors de la critique qui vient d'être faite de la possibilité de la confirmation du contrat de mariage, et, par suite, de l'application de la prescription de dix ans à l'action en nullité qui peut l'atteindre, après la dissolution du mariage, en général, il y a lieu, quelle que soit l'opinion qu'on adopte sur la difficulté qui précède, de réserver, pour le cas spécial de dissolution du mariage par le divorce, et dans l'hypothèse d'un second mariage des époux divorcés entre eux, l'application de l'art. 295, 2e al. qui implique, à mon avis, l'impossibilité de la confirmation *medio tempore* (cpr. § 479, note 14), et qui n'implique pas moins certainement, selon moi, l'impossibilité d'appliquer la prescription extinctive de dix ans. Seule, la prescription de trente ans pourrait, dans ma pensée, utilement intervenir. — Quelle que soit, d'ailleurs, la solution à laquelle on s'arrête, en ce qui concerne la prescription applicable à l'action en nullité, une autre difficulté surgit, qui ne se présente certainement ni dans l'hypothèse de la dissolution du mariage par le décès, ni dans celle de la dissolution du mariage par le divorce, indépendamment du cas de convol des époux divorcés entre eux. C'est celle de savoir si l'art. 295, 2e al., dont l'objet est de prolonger fictivement l'immutabilité du régime matrimonial dans l'intervalle qui sépare le divorce du nouveau mariage des époux divorcés, ne s'oppose pas, non seulement à la confirmation proprement dite du contrat de mariage entaché de nullité, non seulement à l'application, dans cet ordre d'idées, de la prescription de dix ans, mais même à la validité du règlement transactionnel intervenu, après le divorce, sur la base du contrat de mariage entaché de nullité. Cette transaction n'est pas moins contraire à l'art. 1395, que l'art. 295, 2e al. maintient fictivement en vue du cas sur lequel je raisonne, que ne l'est la confirmation proprement dite, ou l'application de la prescription de dix ans. Voy. cependant, pour une difficulté analogue, l'indication de la solution contraire, § 459, texte et note 2 *septiès*. E. B.]

époux[4], [soit à partir du jour [4] *bis* de la transcription du divorce[4] *ter*.]

Cette nullité ne frappe, d'ailleurs, que les conventions matrimoniales elles-mêmes, et ne s'étend, ni aux conventions particulières, telles qu'une vente ou une cession, qui se trouveraient consignées dans l'acte, ni même aux donations de biens présents que des tiers y auraient faites aux époux ou à l'un d'eux, avec les formalités ordinaires[5].

D'un autre côté, le contrat de mariage, nul comme tel, pour avoir été passé après la célébration du mariage, pourrait, selon les circonstances, être admis comme constatant, d'une manière suffisante, les apports des époux[6].

3° De la défense de changer les conventions matrimoniales pendant le mariage.

La clause par laquelle les époux se seraient réservé la faculté de modifier, pendant le mariage, leurs conventions matrimoniales serait à considérer comme non avenue[7].

La prohibition de modifier les conventions matrimoniales, après la célébration du mariage, n'a pas seulement pour effet d'imprimer un caractère absolu de révocabilité aux avantages que l'un des époux aurait conférés à l'autre par le moyen de changements apportés au contrat de mariage, elle emporte la nullité des actes qui y sont contraires[8]. Cette nullité s'attache même aux

[4] Req. rej., 31 janvier 1833, Sir., 33, 1, 471. Cpr. aussi : Civ. rej., 26 avril 1869, Sir., 69, 1, 297.

[[4] *bis*. *Non obstat* § 479, note 1. Cpr. § 212, note 2.]

[[4] *ter*. Voy. la note 3 *ter*, *suprà*.]

[5] Civ. rej., 11 nov. 1828. Dev. et Car., *Coll. nouv.*, IX, 1, 179.

[6] Riom, 24 août 1846, Sir., 47, 2, 142. Cpr. § 37, texte et note 22.

[7] Les motifs sur lesquels est fondée la défense de changer les conventions matrimoniales s'opposent à ce que les époux puissent s'y soustraire même par une clause du contrat de mariage. Arg. art. 1388, Pothier, *Introduction au traité de la communauté*, n° 19. Battur, I, 16. Zachariæ, § 503, note 4, *in medio*. [Cpr. mon addition à la note 11 *infrà*. E. B.]

[8] Cette nullité n'est pas, à la vérité, expressément prononcée,

actes qui, d'après la déclaration des parties, n'auraient eu d'autre objet que de fixer, d'un commun accord et par forme de transaction, le sens des clauses du contrat de mariage, mais qui, en réalité, modifieraient et dénatureraient les stipulations de ce contrat[9].

Il y a, dans le sens de la prohibition, changement au contrat de mariage, non seulement lorsqu'une clause ou disposition de ce contrat a été directement et ouvertement modifiée ou écartée, mais toutes les fois que le maintien de conventions faites, ou d'arrangements arrêtés pendant le mariage, aurait pour résultat d'altérer ou de neutraliser les effets réguliers et légaux que devaient produire les [clauses] ou [les] dispositions du contrat de mariage[10].

La prohibition s'applique aux donations [[10] *bis*] que ren-

mais elle résulte de l'esprit de la loi. Demante. *Themis*, VIII, p. 161 et 229. Battur, I, 16. Duranton, XIV, 38. Rodière et Pont, I, 149. Odier, II, 648. Taulier, V, p. 24 et 25. Troplong, I, 201. Cpr. aussi les autoritées citées aux notes suivantes. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 25 et suiv. Cet auteur, partant de la supposition que la défense de changer les conventions matrimoniales ne peut avoir d'autre objet, sous l'empire de notre Droit actuel, que d'enlever aux époux tout moyen de se faire des donations irrévocables et d'éluder ainsi la disposition de l'art. 1096, enseigne que les avantages résultant de changements apportés au contrat de mariage ne sont pas entachés de nullité, mais simplement révocables. La supposition sur laquelle repose cette opinion est en opposition manifeste avec la pensée qui a présidé à la rédaction de l'art. 1395. Voy. note 1 *suprà*.

[9] Battur, I 51. Zachariæ, § 503, texte et note 7. Dijon, 17 juillet 1816, Sir., 18, 2, 229. Pau, 9 août 1837, Sir., 39, 2, 339. Cpr. cep. Bellot des Minières, I, p. 41.

[10] Cpr. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 533; Bastia, 16 janvier 1856, Sir., 56, 2, 81.

[[10] *bis*. J'indique, à la note 11 *infrà*, certaines différences entre la donation faite en contrat de mariage et la convention matrimoniale, qui ne me permettent pas de souscrire absolument à la formule que donnent MM. Aubry et Rau, en ce qui concerne l'application de l'art. 1395 à ces sortes de donations. Les différences que je signale à la note 11 ne sont pas les seules : on en signalera d'autres, notamment en ce qui concerne l'établissement des enfants issus du mariage, art. 1422 et 1556. — Toutes ces différences, y compris celles dont il est question à la note 11, se rattachent, selon moi, à l'idée

ferme le contrat de mariage aussi bien qu'aux clauses relatives au régime que les époux avaient adopté expressément ou tacitement[11]. Elle atteint, non seulement les actes que

fondamentale que la libéralité matrimoniale, je veux dire la donation faite en contrat de mariage (c'est ainsi que je traduirai, § 708, note 10, la formule de l'art. 959), présente un caractère d'institution familiale, que la convention matrimoniale, qui a pour objet la réglementation temporaire des intérêts pécuniaires d'un ménage nécessairement viager, ne présente pas, même s'il s'agit de la convention matrimoniale qui établit, avec ou sans l'adoption du régime dotal, l'inaliénabilité dotale, et qui, à ce titre, porte plus loin que toutes les autres. Cpr. §§ 708 et 739. E. B.]

[11] Zachariæ, § 503, texte et note 5. Sirey et Isambert, *Consultation*, Sir., 22, 2, 365. [Je ne partage, sur ce point, l'opinion de MM. Aubry et Rau que sous une réserve essentielle. Sans doute, je reconnais avec eux que toute donation faite par contrat de mariage est une convention matrimoniale en même temps qu'une libéralité. Mais, à dater de la célébration du mariage, c'est-à-dire à dater du moment où elle produit ses effets comme acte de disposition (cpr. § 501, note 8 *quinquiès*), si elle est soumise, comme convention matrimoniale, à la règle de l'immutabilité de l'art. 1395, elle est aussi et avant tout soumise à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs en général, et des libéralités faites en contrat de mariage en particulier, et il se pourrait que les conséquences de l'une et de l'autre fussent différentes, et même contradictoires. — Par exemple, la libéralité faite en contrat de mariage peut être faite sous les conditions les plus variées, même sous des conditions dont l'exécution dépendrait de la seule volonté du donateur (art. 1086), au point que la condition à laquelle la libéralité est ainsi valablement soumise peut aller jusqu'à faire disparaître l'irrévocabilité elle-même (Pau, 20 juillet 1881, Sir., 1881, 2, 262). D'autre part, cette libéralité comporte, dans certains cas, pour le donataire, une faculté d'option, qui peut, tantôt en supprimer absolument le bénéfice, et en effacer toutes les conséquences (art. 1082), tantôt en modifier radicalement le titre et l'objet (art. 1084). — La convention matrimoniale présente des caractères tout différents. Elle est immuable, ce qui signifie d'abord qu'elle ne comporte pas, comme telle, l'adjonction de conditions du genre de celles qu'autorise l'art. 1086 pour les libéralités (cpr. § 504, note 10), en second lieu, que, dans les rares hypothèses où la question peut se poser, elle ne saurait avoir pour objet de réserver à l'un quelconque des conjoints, pendant le mariage, la possibilité d'une option de nature à modifier définitivement les effets du régime ou les garanties qui y sont attachées. Voy. p. ex. § 264 *ter*, note 46, *adde* Nîmes, 4 mai 1888, Sir., 1889, 2, 248. Art. 2140. — Sans doute, on peut répondre qu'il y a au moins deux situations dans lesquelles il semble que la conven-

les époux passeraient entre eux, mais encore les nouvelles

tion matrimoniale puisse aller jusqu'à réserver à l'un des conjoints une option de ce genre. La première se rencontre dans le fonctionnement de la clause de reprise d'apport en matière de communauté. Art. 1514. Cpr. § 528. La seconde se rencontre sous le régime dotal, quand la femme a le choix entre l'exercice de l'action en nullité de l'aliénation de l'immeuble dotal et sa collocation hypothécaire, même pendant le mariage, sur le prix d'un immeuble de son mari, à fin de remboursement éventuel, par ce dernier, du prix de l'immeuble dotal indûment aliéné. Cpr. § 537, notes 27 et 28. Il semble dès lors que l'existence même de la faculté d'option, qui appartient à la femme dans ces deux hypothèses, et qui résulte certainement, dans l'une comme dans l'autre, d'une convention matrimoniale proprement dite, l'adoption du régime dotal, ou la clause de reprise d'apport, implique que la convention matrimoniale n'est pas plus réfractaire, malgré son immutabilité, à l'idée d'option, que ne l'est, malgré son irrévocabilité, la libéralité matrimoniale. L'objection nous paraît facile à réfuter : ni l'un ni l'autre exemple n'est probant. — Sans argumenter du caractère exceptionnel de la clause de l'art. 1514, qui se manifeste au moins par l'interprétation stricte qu'on lui applique (§ 528, notes 3 à 10), par ce qu'on pourrait me répondre que ce caractère exceptionnel n'empêche pas qu'on ne puisse soutenir que la convention des parties peut aller jusqu'à conférer à cette clause un caractère de réalité (cpr. Planiol, III[5] n° 1390) qu'on admet que le texte de l'art. 1514 ne lui confère pas (§ 528, note 11), je ferai observer que l'option qu'implique la clause de reprise d'apport est une option qui ne s'exerce jamais qu'à la dissolution de la communauté, tandis que la faculté d'option que je dis que la convention matrimoniale ne suffit pas à établir, alors au contraire qu'il est de la nature de la libéralité matrimoniale de la permettre, est une faculté destinée à s'exercer même pendant le mariage. L'exemple de la clause de l'art. 1514 est donc étranger à la question et ne saurait m'être opposé. — Plus impressionnante paraît l'objection qui résulte de la possibilité de l'option de la femme dotale, même pendant le mariage. Elle n'est cependant pas plus embarrassante que la première. L'option de la femme dotale, dans l'intervalle de la collocation hypothécaire à la dissolution du mariage, n'est jamais qu'une option provisoire (cpr. § 537, note 28), et il faudrait, pour que l'objection portât, que l'option fût définitive. — Je pense donc qu'il y a, entre la libéralité matrimoniale et la convention matrimoniale, sur le terrain de l'irrévocabilité, au moins cette double différence, que la première comporte (art. 1086) et que la seconde ne comporte pas l'adjonction de certaines conditions, que la première peut avoir (art. 1082 et 1084) et que la seconde ne peut avoir pour objet une faculté d'option du genre de celle sur laquelle j'ai raisonné (art. 2140). Il suit de là qu'à supposer qu'il se présente des hypothèses dans lesquelles les conséquences

conventions qu'ils feraient avec des tiers, qui avaient été parties au contrat de mariage[12].

Ces propositions conduisent à d'importantes applications[13], qui se rangent en trois groupes distincts.

a. La convention par laquelle des époux, mariés sous un régime exclusif de communauté, établiraient une communauté, même d'acquêts seulement, sera nulle, comme apportant un changement au contrat de mariage[14].

Il en est de même de toute convention par laquelle des époux, communs en biens, renonceraient, l'un en faveur de l'autre, aux récompenses ou indemnités auxquelles il pourraient avoir droit, ou déclareraient, à l'occasion de l'acquisition d'un immeuble, et en dehors des conditions légales de remploi, que cet immeuble appartiendra en totalité à l'un d'eux[15].

Il en est de même encore, sous le régime dotal, de toute convention ou combinaison ayant pour objet, soit d'imprimer à un immeuble le caractère dotal, qu'il ne devait pas revêtir d'après le contrat de mariage, soit de soustraire à la dotalité des biens qui, d'après ce contrat, devaient y être soumis[16].

de l'irrévocabilité s'opposeraient à celles qu'entraînerait l'immutabilité, ce sont les premières qui devront, à mon avis, prévaloir. Cpr. Cass., 26 mars 1845, Sir., 1847, 1, 121. Cass., 1er juillet 1862, Sir., 1862, 1, 863, et Amiens, 21 mai 1863, Sir., 1863, 2, 125. E. B.]

[12] Toullier, XII, 62. Battur, I, 48. Zachariæ, § 503, note 3.

[13] Outre celles qui se trouvent indiquées dans la suite du texte : voy. encore Req. rej., 23 août 1826, Sir., 27, 1, 108; Bordeaux, 8 décembre 1831, Sir., 32, 2, 665.

[14] Arg. art. 1581. L'établissement d'une société d'acquêts entre époux conventionnellement séparés de biens n'aurait pas seulement pour résultat de substituer, au régime fixé par le contrat de mariage, un régime tout opposé, mais produirait encore, dans la position respective des époux, un changement notable, en faisant passer l'administration des biens de la femme au mari, qui deviendrait nécessairement le chef de la communauté d'acquêts. Troplong, I, 206. Rodière et Pont, I, 151. Duvergier, *De la Société*, I, 102. Cpr. Crim. cass., 6 août 1851, Sir., 52, 1, 281; Paris, 14 avril 1856, Sir., 56, 2, 369. Voy. cep. Duranton, XVII, 347, à la note.

[15] Lyon, 21 juillet 1849, Sir., 49, 2, 477.

[16] Art. 1543 et arg. de cet article. Cpr. § 534, texte nos 2 et 3.

b. On doit, d'un autre côté, considérer comme nulle toute renonciation faite par l'un des époux à des droits ou avantages que son conjoint lui avait assurés par le contrat de mariage, et, en particulier, celle que la femme ferait à un gain de survie stipulé en sa faveur. Il importe peu, à cet égard, que les avantages portent sur des biens présents ou sur des biens à venir seulement[17].

La renonciation devrait d'ailleurs être annulée, non seulement si elle était contenue dans un acte unilatéral ou passé entre les époux seuls, mais dans le cas même où, consignée dans un acte de donation faite par l'un des conjoints en faveur d'un tiers, fût-ce même d'un enfant commun, elle aurait été consentie, non point comme devant constituer, de la part du renonçant, une libéralité distincte de la donation principale, mais uniquement dans le but de faciliter à son conjoint la libre disposition de ses biens[18].

c. On doit enfin considérer comme nulle toute renonciation de la part des époux, ou de l'un d'eux, au bénéfice de dispositions faites en leur faveur par des tiers qui sont intervenus au contrat de mariage, et toute convention qui aurait pour résultat de restreindre les effets légaux de pareilles dispositions[19]. Il en est ainsi notamment :

De la convention par laquelle le mari aurait dispensé l'auteur d'une constitution dotale, de payer les intérêts de la somme promise en dot, à dater du jour de la célébration du mariage[20];

[17] Dans cette dernière hypothèse, la renonciation serait nulle, non seulement comme dérogatoire aux conventions matrimoniales, mais encore comme contraire aux art. 791 et 1130. Toulouse, 15 avril 1842, Sir., 42. 2. 385.

[18] En d'autres termes, la renonciation serait nulle, même dans le cas prévu au texte, si elle avait un caractère simplement abdicatif. Toulouse, 7 mai 1829, Sir., 30, 2, 240. Civ. rej., 11 et 12 janvier 1853, Sir., 53. 1, 65 et 71. Cpr. sur la distinction à faire, pour l'application de l'art. 1395, entre les renonciations simplement abdicatives et les renonciations translatives : note 24 *infrà*.

[19] Cpr. Civ. cass., 19 juin 1836, Sir., 36, 1, 518; Bordeaux, 26 juillet 1838, Sir., 39. 2, 51.

[20] Pau, 9 janvier 1838, Sir., 39, 2, 339. Rennes, 1er mars 1849,

De celle par laquelle les époux ne seraient engagés, quoique contre promesse du paiement d'intérêts, à n'exiger qu'au décès des constituants, une dot stipulée payable immédiatement, ou à une échéance déterminée[21];

Et de celle par laquelle l'un des époux, en concourant à un partage anticipé fait par un de ses ascendants, aurait renoncé au bénéfice d'une institution contractuelle établie en sa faveur[22].

Si les époux ne peuvent, par aucun acte, ni sous aucune forme, modifier, pendant le mariage, leurs conventions matrimoniales, ils restent libres de faire toute espèce d'arrangements ou de dispositions compatibles avec la complète exécution de ces conventions. Les propositions suivantes serviront à préciser, sous ce rapport, la portée de la prohibition établie par l'art. 1395.

La femme, commune en biens, peut, en consentant à l'échange d'un de ses immeubles propres, convenir avec son mari que l'immeuble qu'ils recevront en contre-échange ne formera point pour elle un propre, ou ne revêtira cette qualité que pour une portion déterminée[23].

Sir., 49, 2, 602. Cpr. aussi : Bastia, 16 janvier 1856, Sir., 56, 2, 81.

[21] Civ. cass., 4 décembre 1867, Sir., 68, 1, 153.

[22] Civ. rej., 29 juillet 1818. Sir., 18, 1, 390. Civ. cass., 28 mars 1866, Sir., 66, 1, 217. Civ. cass., 26 mars 1867, Sir., 67, 1, 215. Cette proposition n'est pas contraire à celle que nous avons émise au § 739, texte et note 60. Il s'agit ici, en effet, non d'une renonciation consentie en faveur d'un donataire postérieur, étranger, mais d'une renonciation faite dans l'intérêt de l'instituant et dans celui des héritiers de ce dernier. Cpr. même paragraphe, texte et notes 58 et 59. [*Non obstat* la solution donnée à la note 27 *bis infrà.*]

[23] Troplong, I, 639. Req., 31 juillet 1832, Sir., 32, 1, 505. *Nec obstat*, art. 1407 : La disposition de cet article ne saurait être considérée, sous le régime de la communauté, que comme simplement réglementaire, et comme établissant, d'après l'intention probable des parties, et indépendamment de toute déclaration de remploi, la subrogation de l'immeuble reçu en échange à l'immeuble propre de la femme. Rien ne s'oppose donc à ce que les époux écartent ou modifient, d'un commun accord, l'effet de cette subrogation. La femme, commune en biens, pouvant, avec l'autorisation

La défense de changer les conventions matrimoniales ne fait pas obstacle à ce que les époux disposent, pendant le mariage, des biens qui leur ont été donnés par contrat de mariage [[23] *bis*], ni même à ce que l'un des époux cède à un tiers, par donation ou sous forme de renonciation translative, les droits ou avantages que l'autre époux lui avait assurés [24].

de son mari, aliéner, sans condition de remploi, les immeubles qui, par suite d'échange, se seraient trouvés subrogés à ses propres, aussi bien que ses propres d'origine, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas immédiatement renoncer, lors de l'échange de l'un de ses immeubles, à l'effet de la subrogation établie par l'art. 1407. La femme, qui conservera toujours son action en reprise, n'abdiquera, par une pareille renonciation, aucun des droits que lui assurait son contrat de mariage. Sous le régime dotal, la question devrait recevoir une solution contraire. Arg. art. 1554 cbn. 1559.

[[23] *bis*. Toutefois, il en serait autrement si les époux, après la célébration du mariage, avaient consenti, en apparence à titre onéreux, certains avantages à un tiers, et qu'il fût établi que ces avantages constituaient, en réalité, la charge d'une libéralité faite à l'un d'eux par ce tiers avant le contrat de mariage et qui aurait figuré audit contrat, sous la forme et avec la désignation d'apport personnel, franc et quitte de toutes charges, de l'époux gratifié. Cass., 23 juin 1887, Sir., 1890, 1, 291.]

[24] Zachariæ, § 503, texte et note 8. Civ. rej., 18 avril 1812. Sir., 13, 1, 137. Toulouse, 12 mai 1848, Sir., 48, 2, 301. Cpr. Req. rej., 16 février 1852, Sir., 53, 2, 1, 18. La distinction entre les renonciations purement abdicatives et les renonciations translatives, est essentielle à maintenir, surtout en ce qui concerne les droits d'usufruit constitués par l'un des époux en faveur de l'autre. Les applications auxquelles elle conduit, sous ce rapport, peuvent toutes se ramener à une idée fort simple, et qui se justifie par son énoncé même. L'époux auquel son conjoint a, par contrat de mariage, assuré l'usufruit de certains immeubles, y renonce-t-il avec l'intention de concourir personnellement, et dans la mesure de son droit d'usufruit, à la donation que l'autre époux entend faire de ces immeubles à un tiers, et d'en compléter ainsi l'abandon ou la transmission? La renonciation aura tous les caractères d'un acte personnel de disposition ou de libéralité qui, impliquant l'usage ou l'exercice complet, quoique anticipé, du droit qui en est l'objet, ne saurait être considéré comme modifiant ou dénaturant la convention d'où dérivait ce droit. Au contraire, la renonciation n'est-elle faite que dans le but de donner à l'autre époux le pouvoir de disposer, en toute propriété, des biens soumis à l'usufruit? Alors elle ne modifiera pas seulement, mais mettra au néant, la clause du con-

Lorsqu'il s'agit d'acquêts, dont le contrat de mariage assurait la propriété au survivant, la donation qui en serait faite par les deux époux, conjointement au profit d'un tiers, ne constituerait pas un changement aux conventions matrimoniales. Seulement, la donation serait réputée faite pour le tout par l'époux survivant[25].

On ne saurait voir un changement au contrat de mariage, dans le paiement fait avant la célébration, d'une dot stipulée payable après cette célébration [[25] *bis*]. Un pareil paiement est libératoire, même à l'égard des tiers, sauf au cas de simulation ou de fraude[26].

Une convention qui porterait, non sur le capital ou les intérêts de la dot promise en argent, mais uniquement sur le mode de paiement, comme, par exemple, une convention de *datio in solutum* passée entre le beau-père et le gendre, ne devrait point, en principe, être considérée comme un changement aux conventions matrimoniales[27].

[Plus généralement, les modifications apportées au mode de paiement de la dot ne sauraient, comme telles, constituer, en aucun cas, des changements au contrat de mariage[27] *bis*. Il en serait ainsi, même si la constitution de dot consistait en une rente ou en prestations périodiques, et que le constituant substituât, à cette rente ou à ces prestations, pendant le mariage et du consentement de l'époux doté, soit un immeuble[27] *ter*, soit une somme d'ar-

trat de mariage qui avait constitué l'usufruit. Cpr. texte et note 18 *suprà*.

[25] Req. rej., 31 juillet 1867, Sir., 68, 1, 36.

[[25] *bis*. Il en serait de même du payement fait par une autre personne que celle qui avait promis la dot. Cass., 29 mars 1904. Sir., 1905, 1, 396.]

[26] Req. rej., 22 août 1865, Sir., 66, 1, 437.

[27] Req. rej., 4 août 1852, Sir., 52, 1, 631. [Notamment, l'attribution par le constituant à l'époux doté, dans la donation-partage acceptée par celui-ci, d'un immeuble, pour lui tenir lieu du payement de la dot, est un mode licite d'exécution de la constitution de dot. Cass., 8 décembre 1874, Sir., 1875, 1, 209].

[[27] *bis*. Cass., 27 novembre 1900, Sir., 1901, 1, 119.]

[[27] *ter*. Cass., 14 novembre 1898, Sir., 1900, 1, 15. Surtout si l'opération dépend d'une donation-partage faite par le constituant, et

gent[27] *quater*, alors même que cette somme aurait été payée par le constituant, du consentement de l'époux doté, à un créancier de celui-ci[27] *quinquiès*, soit enfin le bénéfice d'un contrat avantageux consenti par le constituant à l'époux[27] *sexiès*. Dans toutes ces hypothèses, il y a substitution, sinon, *stricto sensu*, d'un mode de paiement à un autre, du moins, plus généralement, d'un mode d'exécution à un autre, et c'est à ce titre et dans cette mesure que la nullité de l'art. 1395 doit être écartée.]

Les époux restent libres, malgré la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, de renoncer, par testament et sous forme de legs, en faveur l'un de l'autre ou au profit d'un tiers, aux donations ou autres avantages portés au contrat de mariage. Mais il est bien entendu que l'un des époux ne pourrait, au moyen d'une disposition testamentaire, et en substituant des règles nouvelles à celles qui se trouvent établies dans le contrat de mariage pour la fixation des droits du survivant ou des héritiers du prémourant, priver l'autre époux ou ses héritiers des avantages résultant à leur profit des stipulations de ce contrat[28]. [En sens inverse, l'un des époux ne pourrait pas davantage, au moyen d'une disposition testamentaire, étendre, au profit du survivant, l'effet d'une libéralité par lui faite à ce dernier, dans son contrat de mariage[28] *bis*.]

que les revenus de l'immeuble substitué à la rente soient sensiblement égaux à celle-ci.]

[[27] *quater*. Paris, 11 mars 1879, Sir., 1879, 2, 172.]

[[27] *quinquiès*. Cass., 22 juillet 1889, Sir., 1889, 1, 456.]

[[27] *sexiès*. Aix, 19 avril 1872, Sir., 1874, 2, 10.]

[28] Duranton, XIV, 71 ; Zachariæ, § 503, texte et note 6. Bruxelles, 25 novembre 1811, Dev. et Car., *Coll. nouv.*, III, 2, 581. Req. rej., 27 mai 1817, Sir., 18, 1, 68.

[[28] *bis*. Rouen, 15 décembre 1891, Sir., 1893, 2, 17, et la note conforme de M. Tissier. — La solution de cet arrêt ne se confond d'ailleurs pas avec celle qui résulterait, dans l'hypothèse qu'il vise, de la règle que nous posons à la note 28 *suprà*. La libéralité en usufruit, sur ses biens à venir, faite en contrat de mariage par le prémourant au survivant, et subordonnée au non-convol de celui-ci, ne pouvait, en cas de convol, profiter aux enfants nés du mariage qu'en leur qualité d'héritiers du prémourant. Dès lors, le prémourant, en libérant, par son testament, le survivant, de l'observation de la condi-

Du reste, les clauses d'un contrat de mariage, et spécialement les reconnaissances de dot ou d'apports, pourraient, sans que les principes de l'immutabilité des conventions matrimoniales en reçussent aucune atteinte, être déclarées purement simulées, ou être annulées pour cause de dol ou de fraude[29].

tion de non-convol, en lui léguant les mêmes biens même en cas de convol, en privant ainsi de ces biens, contrairement aux prévisions du contrat de mariage dans ce cas, les enfants nés du mariage, ne disposait pas de biens qui appartinssent à ces derniers en leur nom propre et personnel. La règle posée à la note 28 *suprà* aurait donc été insuffisante à entraîner ici la nullité. — Ceci posé, nous approuvons entièrement la solution de la Cour de Rouen, mais nous ne saurions en dire autant des raisons qu'elle en donne. Elle se fonde sur le caractère de convention matrimoniale de la libéralité faite en contrat de mariage par le prémourant au survivant, et sur l'impossibilité de modifier, même par testament, les conventions matrimoniales. Art. 1395. C'est là, selon nous, aller beaucoup trop loin. Le testament peut, dans une certaine mesure, modifier les effets de la convention matrimoniale. Cpr. notes 1 *bis* et 1 *ter suprà*. Ce qui est vrai, c'est qu'il ne peut modifier les effets de la libéralité matrimoniale. La solution de la Cour de Rouen nous paraît donc juste, non pas parce que la libéralité faite en contrat de mariage est une convention matrimoniale, et qu'il faut dès lors lui appliquer la règle de l'immutabilité qui régit ces dernières, mais au contraire parce qu'elle s'oppose, sur ce point, aux conventions matrimoniales, dont l'immutabilité ne va pas jusqu'à en interdire la modification par testament. Ni la libéralité matrimoniale, ni les clauses du contrat de mariage qui en déterminent ou en limitent les effets, ne peuvent être modifiées par testament, parce que l'exceptionnelle faveur à raison de laquelle la loi l'a permise, en écartant la triple nullité qui résulterait, soit de l'infraction aux art. 791 et 906 (pour la libéralité de l'art. 1086, et pour celle de l'art. 1084), soit de l'infraction à l'art. 894 (pour celle de l'art. 1086), que cette sorte de libéralité suppose nécessairement, a pour effet, selon nous, d'imprimer à cette libéralité, telle qu'elle résulte du contrat de mariage, un caractère rigoureusement définitif et irrévocable, du côté du disposant, caractère qui répond au but familial qui est le trait essentiel de cette libéralité. Cpr. note 10 *bis suprà*.]

[29] Req. rej., 5 janvier 1831, Sir., 31, 1, 8. Req. rej., 31 juillet 1833, Sir., 33, 1, 840. Toulouse, 15 mars 1834, Sir., 34, 2, 537. Req. rej., 2 mars 1852, Sir., 52, 1, 262. Paris, 24 février 1865, Sir., 66, 2, 144.

[30] Delvincourt, III, p. 6; Duranton, XIV, 55 et suiv. Zachariæ, § 503, note 13, *in fine*.

4° Des conditions requises pour les changements apportés au contrat de mariage, dans l'intervalle de sa passation à la célébration du mariage.

Ces changements ne sont valables, même entre les parties qui les opèrent ou y concourent, que sous les deux conditions suivantes :

Il faut qu'ils soient constatés par un acte fait dans la forme requise pour la validité des contrats de mariage.

Il faut, de plus, que toutes les parties qui ont été parties au contrat de mariage interviennent dans l'acte destiné à constater ces changements, et y donnent leur consentement simultané. Art. 1396.

On doit considérer comme ayant été *parties* au contrat de mariage, non seulement les futurs époux eux-mêmes, mais encore ceux dont l'assistance leur était nécessaire, ainsi que les personnes, même étrangères, qui y sont intervenues pour faire, en faveur des futurs conjoints ou de l'un d'eux et en vue de leur union, une donation, une promesse, ou une renonciation quelconque[30].

On ne peut, au contraire, regarder comme parties, ni les parents collatéraux, qui n'ont assisté au contrat de mariage que *honoris causa*[31], ni même les ascendants, dont l'assistance n'était pas nécessaire pour compléter la capacité des futurs époux, et qui n'auraient d'ailleurs fait aucune disposition, promesse, ou renonciation en faveur du mariage projeté. Il n'y a, sous ce rapport, aucune distinction à faire entre les ascendants dont les futurs époux n'étaient pas tenus de requérir le conseil, et ceux auxquels ils eussent été obligés, à défaut de consentement de leur part au mariage, [avant la loi du 21 juin 1907,] de faire [signifier] un ou plusieurs actes respectueux[32],

[31] On est généralement d'accord sur cette proposition et les précédentes. *Discussion au Conseil d'État* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 172, n° 12). Toullier, XII, 51 et suiv. Bellot des Minières, I, p. 42. Battur, I, 47. Duranton, XIV, 56. Rodière et Pont, I, 157. Troplong, I, 257 et 258.

[32] Toullier, XII, 51 ; Troplong, I, 239 ; Zachariæ, § 503, note 13. — MM. Duranton (XIV, 57) ; Rodière et Pont (I, 158) ; et Odier (II, 660) enseignent que les ascendants auxquels l'un des époux eût été

[depuis la loi du 21 juin 1907, de notifier l'union projetée].

Il ne suffit pas, pour la validité des conventions modificatives du contrat de mariage, que toutes les personnes qui ont été parties dans ce contrat aient été appelées à assister à la rédaction des nouvelles conventions; il faut que, de fait, elles y aient été présentes[33] et qu'elle y aient donné leur consentement simultané[34]. Elles peuvent, du reste, se faire représenter par des mandataires, porteurs de procurations spéciales et authentiques.

Lorsque l'une des personnes dont le concours est nécessaire ne se présente pas ou refuse son adhésion aux changements projetés, les autres parties doivent, ou renoncer à ces changements, ou faire un nouveau contrat de mariage, en abandonnant entièrement le premier. Il en est de même, lorsque l'une de ces personnes est venue à décéder, ou a été mise en état d'interdiction. Toutefois, si, dans ce dernier cas, il s'agissait du contrat de mariage d'un enfant de l'interdit, les changements que les autres parties se proposeraient d'y faire pourraient être autorisés par une délibération du conseil de famille de l'interdit, homologué en justice. Arg. art. 511.

obligé, à défaut de leur consentement au mariage, de faire signifier un ou plusieurs actes respectueux, et qui de fait sont intervenus au contrat de mariage, doivent être considérés comme ayant été parties dans ce contrat, bien qu'ils n'y aient fait aucune donation ni stipulation. Ils donnent pour motif qu'il est possible que les ascendants n'aient consenti au mariage que sur le vu des conventions matrimoniales, de sorte que, si le contrat de mariage pouvait être modifié sans leur concours, leur descendant se trouverait privé de leur conseil quant au mariage même. Ces considérations, qui prennent leur point de départ dans une simple supposition, et qui tendent à confondre les conditions de validité du mariage et celles du contrat de mariage, nous paraissent dénuées de valeur. Cpr. cep. Montpellier, 8 février 1869, Sir., 69, 2. 49.

[33] Delvincourt, III, p. 5; Bellot des Minières, I, p. 54; Duranton, XIV, 53; Marcadé, sur l'art. 1396, n° 4; Odier, II, 656; Rodière et Pont, I, 157; Troplong, I, 235; Zachariæ, § 503, texte et note 14. Voy. cep. en sens contraire : Maleville, sur l'art. 1396; Toullier, XII, 59; Battur, I, 49.

[34] Delvincourt, *loc. cit.* Duranton, XIV, 52. Marcadé, *loc. cit.* Odier, II, 657. Rodière et Pont, I, *loc. cit.* Zachariæ, § 503, texte et note 15.

Les changements arrêtés et constatés dans la forme qui vient d'être indiquée doivent de plus, pour valoir à l'égard des tiers, être rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage, et, par conséquent, par le notaire qui a reçu ce contrat ou par son successeur. Art. 1397[35].

Le terme *tiers*, dans le sens et l'esprit de cette règle, comprend tous ceux qui, par suite de conventions passées avec les époux ou l'un d'eux, ont à exercer sur les biens de ceux-ci des droits que le maintien des changements apportés à ce contrat aurait pour effet d'anéantir ou de restreindre[36]. Il en résulte que ceux qui ont acquis, du mari seul, des immeubles ameublis par la femme, ou des immeubles dotaux qu'une clause spéciale du contrat de mariage l'avait autorisé à aliéner, sont fondés à repousser, pour défaut d'observation de la formalité prescrite par l'art. 1397, les contre-lettres par lesquelles les parties auraient révoqué ou modifié à cet égard des clauses du contrat primitif. La même exception appartiendrait au cessionnaire d'une somme promise en dot, auquel le constituant opposerait une contre-lettre portant réduction de

Douai, 1er août 1854, Sir., 54, 2, 666. Montpellier, 8 février 1869, Sir., 69, 2, 49.

[35] Zachariæ, § 503, texte et note 11. La Cour de cassation (Civ. cass., 15 février 1847, Sir., 47, 1, 293) a fait une application notable de la règle posée par l'art. 1397, dans une espèce où elle se trouvait en collision avec le principe de l'inaliénabilité de la dot sous le régime dotal. Cpr. Troplong, I, 250 et suiv.

[36] MM. Rodière et Pont (I, 162) proposent une autre formule, pour la solution de savoir quelles sont les personnes qui peuvent s'attribuer la qualité de tiers quant à l'application de l'art. 1397. Suivant ces auteurs, on ne doit considérer comme tiers que les personnes qui ont traité avec les époux sur la foi des clauses du contrat de mariage auxquelles la contre-lettre a dérogé. Encore faut-il que ces clauses ne rentrent pas dans la catégorie de celles que leur nature rend susceptibles d'être exécutées d'une manière complète durant le mariage, et de devenir ainsi sans objet pour l'avenir. Mais cette formule nous paraît trop étroite dans l'une et l'autre des conditions qu'elle exige; elle conduit à refuser la qualité de tiers à des personnes qui, d'après l'esprit de la loi, doivent être admises à invoquer la disposition de l'art. 1397. Aussi ne sommes-nous pas d'accord avec MM. Rodière et Pont sur plusieurs points de détail. Voy. les deux notes suivantes.

cette somme[37]. Il y a plus : les créanciers, même simplement chirographaires, des époux ou du mari, dont les créances sont postérieures à la célébration du mariage, doivent être considérés comme des tiers, lorsque, pour arrêter les poursuites qu'ils exercent sur les biens de la femme, on leur oppose une contre-lettre qui a modifié le régime établi dans le contrat primitif, en substituant, par exemple, le régime dotal à celui de la communauté, ou en réduisant la communauté légale à une communauté d'acquêts [38].

[37] Comme il s'agit ici d'une convention qui a pour objet la transmission d'un droit de créance établi par le contrat de mariage, il nous paraît impossible de dénier la qualité de tiers au cessionnaire, dans ses rapports avec la personne qui a promis la dot, et qui, pour en refuser le paiement intégral, lui oppose la contre-lettre par laquelle son obligation a été réduite. MM. Rodière et Pont (*loc. cit.*) enseignent cependant le contraire, en raisonnant de la manière suivante : le mari, disent-ils, était incontestablement autorisé à toucher la dot pendant le mariage; et si, de fait, il en avait reçu une partie, le tiers auquel il aurait ultérieurement cédé la totalité de la somme primitivement promise n'aurait d'action contre le constituant que pour le solde restant dû. Or, comme il ne serait pas autorisé à se prévaloir de l'ignorance d'un fait survenu depuis le mariage, on ne voit pas pourquoi il pourrait opposer avec plus d'avantage l'ignorance d'un fait passé auparavant. Mais cette argumentation n'est rien moins que concluante. Si le paiement constitue, même au regard du tiers, une cause légitime et efficace d'extinction, totale ou partielle, des obligations, il n'en est pas de même des contre-lettres, qui ne peuvent être invoquées contre eux, encore qu'elles aient acquis date certaine. Art. 1321. A la vérité, l'art. 1397 permet d'opposer aux tiers les changements faits aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage; mais il ne le permet qu'à la condition de l'accomplissement des formalités qu'il prescrit. A défaut de ces formalités, les parties restent sous l'empire de la règle générale posée par l'art. 1321.

[38] Voy. encore en sens contraire : Rodière et Pont, *loc. cit.* Cette question, nous le reconnaissons, est d'une solution plus délicate que la précédente. On peut objecter que les créanciers qui ont traité avec les époux ou l'un d'eux, sans avoir spécialement en vue telle ou telle clause du contrat de mariage, ne peuvent puiser aucun droit dans ce contrat, et sont, par cela même, non recevables à contester l'efficacité des modifications que les parties y auraient apportées. Mais cette objection n'est

Pour mieux assurer encore les intérêts des tiers, la loi défend au notaire, dépositaire de la minute du contrat de mariage, d'en délivrer des grosses ou des expéditions, sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Art. 1397. Toutefois, quand le notaire a négligé de se conformer à cette prescription, la contre-lettre n'en est pas moins efficace à l'égard des tiers, sauf seulement leur recours contre le notaire[39], qui, selon les circonstances,

que spécieuse : le contrat de mariage n'a pas seulement pour objet de régler les droits respectifs des époux; il sert également de régulateur à leurs rapports avec leurs créanciers, en ce sens que, suivant le régime qu'ils ont adopté; la loi confère ou refuse à ceux-ci un droit de gage et de poursuite sur telle ou telle catégorie de biens. Quand il s'agit pour les créanciers de faire maintenir les droits de gage qui leur appartiennent d'après les clauses du contrat de mariage, en repoussant une contre-lettre que les époux leur opposent, ils ne sont évidemment plus les ayants cause de ces derniers, mais des tiers, et on ne pourrait leur refuser le bénéfice de l'art. 1397, sans méconnaître l'esprit de la loi, qui a voulu garantir, contre tout danger de fraude, de surprise ou de mécompte, les personnes qui traiteront avec les époux. Que l'on ne dise pas que le terme *tiers* doit avoir, dans l'art. 1397, la même signification que dans l'art. 1328, et que si, pour l'application de cette dernière disposition, les créanciers simplement chirographaires ne sont pas à considérer comme des tiers, cette qualité ne leur appartient pas davantage quant à l'application de l'art. 1397. Il existe entre les deux situations une différence profonde. Le droit de gage qui, aux termes de l'art. 2092, appartient à tout créancier, même simplement chirographaire, sur le patrimoine du débiteur, n'empêche pas ce dernier de disposer librement de ses biens. Les actes d'aliénation qu'il passe, tout en ayant pour résultat de diminuer l'émolument de l'action des créanciers, n'en laissent pas moins intact, en principe, leur droit de gage, qui frappe toujours le patrimoine tout entier du débiteur; et c'est pour cela qu'ils doivent être considérés comme représentés par celui-ci dans les actes concernant ses biens. Mais les changements apportés par les époux à leur contrat de mariage peuvent avoir pour leurs créanciers des effets beaucoup plus préjudiciables et plus absolus, en les privant complètement de toute action sur tels ou tels biens, qui, d'après le contrat de mariage primitif, devaient former leur gage. Ici, ce n'est plus seulement l'émolument de l'action des créanciers qui est en question, c'est leur droit même qui peut être atteint dans son principe.

[39] Delvincourt, sur l'art. 1397. Duranton, XIV, 69. Odier, II, 668. Troplong, I, 248. Zachariæ, § 503, texte et note 16. Cpr. Rodière

pourrait de plus être passible de peines disciplinaires[40].

Les règles prescrites par les art. 1396 et 1397 s'appliquent à toutes les conventions ou dispositions nouvelles qui, directement ou indirectement, peuvent avoir pour résultat d'altérer, soit la position et les droits respectifs des époux, soit leurs rapports avec les tiers, tels qu'ils sont déterminés par le contrat de mariage[41]. Elles s'appliquent, en particulier, aux donations faites et aux ventes passées, par l'un des futurs conjoints en faveur de l'autre, dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage[42]. [Le tout, sous réserve de ce qui a été dit au § 501, en ce qui concerne la date à laquelle les libéralités faites à l'un des époux dans le contrat de mariage produisent leurs effets, et sous réserve de ce qui sera dit, sur la même question, aux §§ 737 et 739.]

et Pont, I, 163 et 164. Voy. cep. en sens contraire : Toullier, XII, 68. — Le terme *parties*, qui se trouve dans le second membre de l'art. 1397, doit s'entendre des *parties lésées*, c'est-à-dire des personnes qui ont éprouvé quelque préjudice, en traitant sur la foi d'une expédition incomplète. Cpr. Zachariæ, § 503, note 17.

[40] C'est ce qu'indiquent les termes de l'art. 1397, *et sous plus grande peine*. Duranton, XIV, 68. Zachariæ, § 503, texte et note 18. — M. Troplong (I, 249) pense que le notaire pourrait être poursuivi pour faux, s'il avait agi par fraude. Cette opinion ne paraît pas devoir être admise. La fraude est sans doute un des éléments du faux; mais elle ne suffit pas à elle seule pour le constituer.

[41] Zachariæ, § 503, texte et note 9. Cpr. texte n° 3, et notes 10 à 22 *suprà*.

[42] Pothier, *Introduction au traité de la communauté*, n° 14. Battur, I, 45 et suiv. Duranton, XIV, 59 et 60. Civ. cass., 29 juin 1813, Sir., 13, 1, 378. Civ. cass., 31 janvier 1837, Sir., 37, 1, 533. Agen, 17 août 1837, Sir., 38, 2, 122. — Toullier (XII, 58) enseigne le contraire en disant que, puisqu'il est aujourd'hui permis aux époux de se faire des donations pendant le mariage, il doit aussi être permis aux futurs époux de s'en faire avant la célébration du mariage. Mais cet argument porte évidemment à faux : les donations faites pendant le mariage sont révocables, tandis que celles qui auraient lieu avant la célébration du mariage seraient irrévocables.

§ 504.

3. *Des conventions et stipulations permises dans le contrat de mariage.*

De l'interprétation des clauses de ce contrat.

1° Les conventions matrimoniales ne peuvent avoir pour objet que le règlement des droits respectifs que les époux auront à exercer sur leurs biens, soit pendant la durée du mariage, soit après sa dissolution. Les rapports personnels que le mariage établit entre conjoints, et ceux qui unissent les enfants à leurs parents, ne sauraient devenir la matière d'un règlement contractuel.

Aux termes de l'art. 1388, les futurs époux ne peuvent déroger, même par contrat de mariage, ni aux droits qui appartiennent au mari, en vertu de la puissance maritale ou paternelle, sur la personne de la femme et des enfants, ou qui lui compètent comme chef de l'association conjugale, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre *De la puissance paternelle*, et par le titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*.

Ainsi, serait nulle toute clause par laquelle le mari abdiquerait le droit de diriger l'éducation des enfants à naître du mariage, ou par laquelle la femme renoncerait, pour le cas de survie, à l'exercice de la puissance paternelle sur ses enfants, ou à leur tutelle légale. Il en serait de même de la renonciation que feraient les futurs époux, ou l'un d'eux, à la jouissance légale sur les biens de leurs enfants[1].

Quant à l'engagement qu'ils prendraient, l'un envers

[1] Nous avions, dans nos deux premières éditions, adopté l'opinion contraire, en nous fondant sur ce que la jouissance légale des père et mère n'est pas comprise dans l'énumération des droits auxquels l'art. 1388 défend de renoncer. Bien que ce motif soit exact en lui-même, puisque le texte de cet article ne mentionne, ni expressément, ni implicitement, cette jouissance, un nouvel examen de la question nous a fait penser qu'il n'était pas con-

l'autre, ou envers un tiers, de faire élever leurs enfants dans les dogmes de telle ou de telle religion, il serait destitué d'efficacité civile[2].

On doit, d'un autre côté, considérer comme nulle toute clause qui dispenserait la femme, d'une manière générale et absolue, de la nécessité de l'autorisation maritale, ou qui enlèverait au mari les droits et pouvoirs dont la loi l'investit comme chef de l'association conjugale, et notamment la clause par laquelle les futurs époux conviendraient, ou que le mari ne sera pas le maître de la communauté, ou même simplement qu'il ne pourra, sans le consentement de la femme, disposer des immeubles communs[3].

cluant. La jouissance légale n'est sans doute qu'un droit pécuniaire, et ne constitue pas un attribut essentiel de la puissance paternelle. Toutefois, il serait, malgré cela, difficile de ne pas reconnaître que ce droit a été conféré aux parents, non pas seulement à titre de rémunération, mais encore par des considérations morales, tenant au bon ordre des familles. Si les rédacteurs du Code Napoléon ont, dans l'art. 387, admis la validité de la condition par laquelle un donateur ou testateur prive le père ou la mère de la jouissance des biens donnés ou légués à leur enfant, ce n'est pas tant par le motif que la jouissance légale des père et mère ne constitue qu'un bénéfice personnel et de pur intérêt privé, que dans la crainte de voir des personnes bien disposées en faveur d'enfants mineurs, mais animées de ressentiment contre leurs parents, hésiter à réaliser des intentions généreuses dont ces derniers seraient appelés à profiter. La disposition de l'art. 387 ne touche donc, en aucune façon, au caractère intrinsèque de celle de l'art. 384 et n'est dès lors pas suffisante pour justifier la validité de la renonciation que les futurs époux feraient, par contrat de mariage, à la jouissance légale des biens des enfants à naître de leur union. Cette manière de voir a été formellement exprimée dans la *Discussion au Conseil d'État*, par Treilhard et Berlier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 166 et 169). Voy. en ce sens : Zachariæ, § 504, texte et note 2; Toullier, XII, 15; Bellot des Minières, I, p. 16; Rodière et Pont, I, 74; Odier, II, 628; Marcadé, sur l'art. 1389, n° 6; Demolombe, VI, 490 et 491; Troplong, I, 61.

[2] Duranton, XIV. 24, Odier, II, 628. Marcadé, sur l'art, 1389, n° 3. Troplong, I, 61. Demolombe, VI, 295. Zachariæ, § 504, texte et note 3. Voy. en sens contraire : Rodière et Pont, I, 63.

[3] Les termes de l'art. 1388, *ou qui appartiennent au mari comme chef*, se rapportent aux droits sur les biens, et indiquent plus spé-

Cependant, il est permis à la femme, alors même qu'elle se marie sous le régime de la communauté, et bien que,

cialement les pouvoirs que la loi attribue au mari sur les biens communs. Si les droits de jouissance et d'administration, que, sous tel ou tel régime, la loi reconnaît au mari sur les biens personnels de la femme, sont, en général, susceptibles d'être restreints ou modifiés, il n'en est pas de même, sous le régime de la communauté, de ses droits et attributions quant aux biens communs. La maxime *Le mari est seigneur et maître de la communauté* est une conséquence des rapports personnels que le mariage établit entre les époux; elle est d'ordre public, et tient à l'essence même du régime de communauté. Toute restriction des pouvoirs que la loi confère au mari sur les biens de la communauté doit être écartée comme contraire à cette maxime. D'un autre côté, s'il pouvait être permis d'enlever au mari, par une clause du contrat de mariage, la faculté d'aliéner seul, et sans le consentement de la femme, les immeubles de la communauté, il devrait également être permis d'exiger le concours de la femme pour les actes de constitution d'hypothèque. Dans ce système, il n'y aurait même plus de raison pour rejeter des clauses qui tendraient à restreindre les droits du mari quant aux actes de simple administration, ce qui est évidemment inadmissible. La question, du reste, doit encore être examinée à un autre point de vue : Quel serait, en présence d'une clause qui interdirait au mari d'aliéner les immeubles de la communauté sans le consentement de la femme, l'effet des engagements qu'il aurait contractés seul? Ces engagements seraient-ils, malgré cette interdiction, susceptibles d'être poursuivis sur la propriété même des immeubles de la communauté? En s'attachant au principe que nul ne peut faire indirectement ce qu'il lui est défendu de faire directement, on est conduit à adopter la négative; mais cette solution, en opposition formelle avec les règles fondamentales du régime de communauté, aboutirait à ce résultat bizarre que la femme, tout en acceptant la communauté et en retirant la moitié des immeubles communs, ne serait cependant pas tenue, sur ces immeubles, de la moitié des dettes. Que si l'on se prononçait pour l'affirmative, on reconnaîtrait par là même [l'inefficacité] de la clause dont il s'agit, puisque le mari resterait le maître d'aliéner indirectement les immeubles de la communauté par des engagements contractés sans le consentement de la femme. Ces diverses considérations nous portent à repousser la clause qui défendrait au mari d'aliéner seul les immeubles communs; et ce, non seulement en tant qu'elle porterait sur les conquêts, mais même en tant qu'elle s'appliquerait aux immeubles tombés dans la communauté du chef de la femme, par suite d'une convention d'ameublissement. Voy. en ce sens : Bellot des Minières, I, p. 311 et suiv.; Taulier, V, p. 85; Rodière et Pont, I, 66 et 67; Marcadé, sur l'art. 1389,

sous ce régime, le mari soit de droit l'administrateur de sa fortune personnelle, de se réserver, non seulement la jouissance, mais même l'administration de certains de ses biens; et, dans ce cas, elle a la faculté de faire, sans l'autorisation du mari, les actes relatifs à cette administration[4].

2° Les futur époux jouissent, sous les restrictions qui seront indiquées ci-après, d'une entière liberté pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires. Ils sont autorisés, en faisant choix de tel ou tel régime, à le modifier au moyen, non seulement d'une ou plusieurs des clauses prévues et expliquées par la loi, mais encore de toutes autres stipulations qu'ils jugeraient convenable de faire[5]. Ils sont également autorisés à adopter un régime mixte, en combinant entre elles des règles propres à divers régimes. Art. 1387, 1497, 1527 et 1581.

C'est ainsi qu'ils peuvent, tout en se mariant sous le régime de la communauté, adopter, sous certains rapports et pour partie seulement, telles ou telles règles particulières au régime dotal[6]. Il leur est notamment permis de décla-

n° 6; Troplong, I, 64; Paris, 7 mai 1855, Sir., 56, 2, 497. Voy. en sens contraire : Toullier, XII, 309; Battur, II, 549; Duranton, XIV, 266. Cpr. aussi, quant aux immeubles conquêts : Zachariæ, § 504, note 1.

[4] Cpr. art. 223, 1538, 1576, 2066, alin. 3 et 4; § 472, texte n° 4, lett. *b* et note 69. Pothier, n° 466. Battur, II, 550. Toullier, XII, 380. Rodière et Pont, I, 68, Troplong, I, 66.

[5] Zachariæ, § 504, texte et note 17. Cpr. sur plusieurs clauses qui étaient autrefois en usage : Merlin, *Rép.*, v[is] Affrérissement, Augment, Bagues et Joyaux, Douaire, Dot, § 5, et *Quest.*, v° Douaire; Delvincourt, III, p. 75.

[6] Cette proposition est généralement admise. *Rapport au Tribunat*, par Duveyrier (Locré, *Lég.*, XIII, p. 397, n° 80). Merlin, *Quest.*, v° Remploi, § 7. Toullier, XII, 372. Duranton, XIII, 397. Rodière et Pont, I, 85 et 86, et III, 2085. Odier, II, 673. Marcadé, sur l'art. 1497, n° 3. Troplong, I, 80. Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 465. Civ. cass., 6 novembre 1854, Sir., 54, 1, 712. Civ. rej., 7 février 1855, Sir., 55, 1, 580. [Cass., 14 avril 1893, Sir., 1893, 1, 350. Cass., 21 février 1894. Sir., 1895, 1. 393.] — Mais certaines clauses ont donné lieu à controverse sur le point de savoir si elles devaient ou non être considérées comme emportant virtuellement soumission partielle au régime dotal. Cpr. à cet égard : § 533.

rer inaliénables les immeubles de la femme; et cette clause serait efficace, à l'égard des tiers, indépendamment de toute déclaration expresse de soumission au régime dotal[7].

[Il semble même que la faculté qui appartient aux futurs époux de combiner entre elles les règles du régime dotal et celles du régime de communauté puisse aller jusqu'à leur permettre[7 bis] de s'engager l'un envers l'autre, et tous deux envers leurs ascendants donateurs, à acheter après le mariage un immeuble, à titre d'emploi, tant de sommes appartenant au futur époux que de sommes constituées en dot à la future épouse, cet immeuble devant rester propre à chacun d'eux, copropriétaire par indivis, pendant toute la durée du mariage[7 ter],

[7] Cette clause n'a rien de contraire aux bonnes mœurs, ni aux dispositions prohibitives de la loi. Merlin. Toullier et Odier, *ubi suprà*, Rodière et Pont, *locc. citt.* Zachariæ, § 504, texte et note 18. Cpr. Paris, 30 mai 1835. Sir., 35, 2, 558; Civ. rej., 15 mars 1853, Sir., 53, 1, 465. [Cass., 3 février 1879, Sir., 1879, 1, 353.] — Marcadé (sur l'art. 1497, n° 3) et Troplong (I, 79 et suiv.) se prononcent en sens opposé, par le double motif que la femme qui se marie sous le régime de la communauté, restant capable d'aliéner ses immeubles avec le consentement du mari, ne peut s'imposer des entraves de nature à supprimer ou à diminuer sa capacité; et que l'indisponibilité des biens, qui est contraire à l'intérêt général, ne peut résulter que du régime dotal, auquel la loi l'a spécialement attachée. Ces deux propositions, qui d'ailleurs ont le tort de résoudre la question par la question même, nous paraissent manquer d'exactitude. Le régime dotal n'a, dans l'esprit du Code Napoléon, aucun caractère statutaire : quand les époux s'y soumettent, c'est par un acte de volonté tout spontané qu'ils le font. Les entraves ou restrictions qui en résultent pour la femme sont le produit d'une détermination libre de sa part; c'est elle qui se les impose par avance; et si elle peut le faire, en choisissant le régime dotal, pourquoi ne le pourrait-elle pas en adoptant le régime de la communauté? Des observations analogues s'appliquent à la proposition relative à l'indisponibilité des biens. Au fond, n'est-il pas évident que la clause qui déclare inaliénables les biens de la femme leur imprime, du moins sous ce rapport, le caractère de la dotalité, et équivaut, de la part des époux, à une déclaration formelle de soumission relative et partielle au régime dotal?

[[7] *bis*. Cass., 20 nov. 1886, Sir., 1887, 1, 401. Note Labbé. Cpr. le rapport de M. le conseiller Ballot-Beaupré.]

[[7] *ter*. *Non obstat* art. 815, qui ne s'applique, dit la Cour de Cassation,

et ne pouvant être aliéné qu'à charge par eux d'acquérir, à titre de remploi, un immeuble d'une valeur au moins égale à celle de l'immeuble aliéné, les tiers étant d'ailleurs astreints à veiller au remploi[7] *quater*.]

ni à l'indivision résultant d'un contrat de société ordinaire, ni à celle qui a été convenue entre les parties en contrat de mariage. — Sur ce dernier point, nous partageons les doutes si justement exprimés par M. Labbé, dans la note qui accompagne l'arrêt du 30 novembre 1886 au recueil de Sirey. La loi ne dit nulle part que la convention d'indivision puisse être valablement conclue pour plus de cinq ans, pourvu que ce soit par contrat de mariage. — Le premier argument de la Cour de Cassation nous paraît donc seul solide, réserve faite toutefois de l'objection très grave qui peut lui être adressée par les personnes qui n'admettent pas la validité des sociétés entre époux en général. Précisément la Cour de Cassation elle-même ne paraît pas l'admettre. Voy. Planiol, II[6], n° 1937 et les arrêts qu'il cite. — Il ne suffirait d'ailleurs pas, croyons-nous, pour écarter cette objection, de répondre qu'il s'agit ici d'une société formée en contrat de mariage, c'est-à-dire d'une société formée entre *futurs époux* seulement, puisque les effets du contrat de mariage, et plus particulièrement ceux de la constitution de dot, ne peuvent remonter qu'à la date de la célébration du mariage. Cpr. § 501, note 8 *bis*. Il s'agit donc bien d'une société entre époux, et non pas d'une société entre futurs époux.]

[[7] *quater*. C'est sur ce point que la doctrine de l'arrêt du 30 novembre 1886 nous paraît le plus contestable. En tant qu'il s'agit d'imposer au tiers l'obligation de veiller au remploi des fonds provenant de l'aliénation de la part indivise de la femme, nous n'avons aucune objection à formuler. Cpr. § 504, notes 6 et 7. Mais en tant qu'il s'agit de leur imposer l'obligation de veiller au remploi des fonds provenant de l'aliénation de la part indivise du mari, il en va tout autrement. Une clause de ce genre ne saurait avoir la prétention de frapper la part indivise du mari de l'inaliénabilité dotale, qui est manifestement réservée aux biens de la femme seulement. Cette clause ne peut dès lors se comprendre que comme une clause conventionnelle d'inaliénabilité conditionnelle, imposée par le donateur au donataire, sur le bien donné, dans la mesure où nous avons admis au § 692, note 37, de notre quatrième édition, que des clauses de ce genre sont possibles. — Mais, outre qu'il n'est pas certain que la doctrine exposée au § 692 suffise à assurer la validité d'une clause comme celle sur laquelle nous raisonnons, nous ferons observer que l'acquisition de la part du mari dans l'immeuble n'avait pas été faite exclusivement au moyen des deniers à lui constitués en dot sous la condition d'inaliénabilité, d'ailleurs discutable en elle-même, dont nous parlons : elle avait été faite, pour partie,

[Mais l'extension du régime dotal ne saurait aller plus loin. Notamment, il ne pourrait être stipulé, dans le contrat de mariage, que la femme sera incapable de s'obliger, même avec l'autorisation du mari[7] *quinquiès*.]

au moyen de ses deniers personnels. et il est manifeste que, dans cette mesure, il n'avait pas pu valablement s'imposer à lui-même l'inaliénabilité de sa part indivise dans l'immeuble. — La doctrine de la Cour de Cassation nous paraît donc, sur ce point et dans cet ordre d'idées, des plus contestables. — Il n'est que juste d'ajouter, pour ramener à sa juste valeur le grave précédent que l'arrêt du 30 novembre 1886 constitue, que la question de la validité de la clause complexe que nous analysons au texte ne se posait pas entre les époux et les tiers considérés comme garants du remploi. Elle se posait dans les rapports des époux entre eux seulement, le mari prétendant se soustraire, vis-à-vis de la femme, à l'observation de cette clause, et obliger sa femme, sous la seule condition du remploi de la partie du prix correspondant à sa part indivise à elle, à consentir à l'aliénation totale de l'immeuble. L'arrêt de 1886 n'a eu d'autre objet que de rejeter cette prétention du mari, et nous ne nous permettrons pas d'en étendre affirmativement la doctrine, qui nous paraît dangereuse, à l'hypothèse où l'intéret des tiers pris comme garants du remploi serait en jeu.]

[[7] *quinquiès*. La Cour de Paris avait d'abord admis la validité de cette clause (Paris, 6 déc. 1877. Sir., 1878, 2, 161). Son arrêt fut cassé (Cass., 22 déc. 1879, Sir., 1880, 1. 125). Elle est elle-même revenue sur sa première jurisprudence (Paris, 19 juin 1884, Sir., 1884, 2, 193) et la Cour de Cassation a condamné elle-même cette clause de nouveau (Cass., 13 mai 1885, Sir., 1885, 1. 312). — Il est bien vrai que la femme peut se constituer en dot tous ses biens présents et à venir, et les soustraire ainsi à la poursuite des créanciers envers lesquels elle s'engagerait pendant le mariage ; et il est à peine besoin de faire remarquer que c'est là un résultat qui ressemble beaucoup à celui que produirait la clause sur laquelle nous raisonnons. — Mais on oublie, quand on fait ce rapprochement, que, dans l'hypothèse d'une constitution dotale de tous biens présents et à venir, la dot ne comprend jamais que les biens que la femme acquiert pendant la durée du mariage. Cpr. § 534, notes 6 à 8. Sur tous ceux qui lui adviennent après la dissolution, les créanciers envers lesquels elle s'est obligée pendant le mariage, avec l'autorisation de son mari, ont conservé leur droit de poursuite : c'est justement ce droit de poursuite que la clause dont nous contestons la validité aurait pour effet de supprimer, contrairement aux règles qui limitent impérativement l'énumération des biens dotaux. La femme, d'ailleurs, se trouverait ainsi frappée d'une *incapacité contractuelle* dont la seule désignation suffit à faire apparaître la nullité. Art. 6. — Voy. en ce sens Valette, *Mélanges*, II, 513. Planiol,

Réciproquement, les futurs époux sont libres, en adoptant le régime dotal, de déclarer les immeubles dotaux de la femme aliénables sans aucune condition de remploi, et même sans l'observation des formalités prescrites par l'art. 1558 [8].

Les futurs époux peuvent, d'un autre côté, subordonner leurs conventions matrimoniales, et notamment l'établissement ou l'existence de la communauté, à une condition suspensive ou résolutoire [9], pourvu que cette condi-

III [4], n° 798. — On pourrait seulement se demander si le contrat de mariage qui renfermerait une clause de ce genre ne pourrait pas être interprété, à tout le moins, comme emportant soumission au régime dotal. Voy. sur cette question, § 533. Cpr. Lyon-Caen, note sous l'arrêt de la Cour de Paris, du 19 juin 1884, Sir., 1884, 2, 193.]

[8] Cpr. § 502, texte n° 3, notes 25 et 27.

[9] Ainsi, par exemple, les époux peuvent convenir qu'ils seront ou non communs en bien, selon qu'ils auront ou non des enfants de leur mariage. Nos anciens auteurs ne faisaient aucun doute sur la validité de pareilles stipulations; et leur opinion a été suivie par plusieurs interprètes du Code Napoléon. Voy. Lebrun, liv. I, chap. III, n° 10; Renusson, part. I, chap. IV, n° 8; Pothier, n° 278; Merlin, *Rép.*, v° Communauté, § 4, n° 1; Delvincourt, III, p. 10; Toullier, XII, 86; Battur, I, 88; Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, v° Communauté, n° 29; Duranton, XIV, 97; Odier, II, 674; Zachariæ, § 506, texte et note 3; Colmar, 15 avril 1834, et 28 mars 1854, *Journal des arrêts de la Cour de Colmar*, 30, p. 104, 50, p. 17. — M. Bellot des Minières (III, p. 4 et suiv.) est le premier auteur qui ait enseigné l'opinion contraire, en déniant aux époux la faculté de subordonner à une condition l'établissement d'un régime matrimonial quelconque. C'est aussi dans ce sens que se sont prononcés Marcadé (sur l'art. 1399, n°s 2 et 3) et M. de Neyremand (*Revue pratique*, 1857, III, p. 121). MM. Rodière et Pont (I, 89 et suiv.), tout en reconnaissant, en général, aux futurs époux la faculté de subordonner à des conditions l'adoption de tel ou tel régime matrimonial, leur refusent cette faculté, quand il s'agit de l'établissement de la communauté; et leur opinion sur ce point particulier a été adoptée par M. Troplong (I, 332), qui ne s'explique pas sur la question générale résolue au texte. Ces auteurs se fondent sur ce que l'art. 1399, qui proscrit toute convention tendant à assigner à la communauté un point de départ autre que la célébration du mariage, repousserait implicitement, et à plus forte raison, toute clause qui rendrait incertaine l'existence même de la communauté. A notre avis, cette conclusion n'est point exacte : si le législateur a jugé utile d'interdire toute clause qui donnerait à la communauté

tion ne consiste pas dans un fait dont l'accomplissement dépende de leur volonté ou de celle de l'un d'eux[10]. Si, en usant de cette faculté, les futurs époux ne s'expliquent pas sur le régime qu'ils entendent adopter, en cas que la condition suspensive vienne à manquer, ou que la condition résolutoire vienne à s'accomplir, ils sont censés avoir voulu se soumettre au régime de la communauté légale, à moins que ce ne soit ce régime même, dont ils aient subordonné l'adoption à quelque condition. Dans cette dernière hypothèse, ils devraient être considérés comme s'étant mariés sous le régime exclusif de communauté, tel qu'il est établi par les art. 1530 à 1535[11].

3° La liberté dont les futurs époux jouissent pour le règlement de leurs intérêts pécuniaires est soumise aux restrictions suivantes :

a. Ils ne peuvent faire aucune convention contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Art. 6, 1133 et 1387. La clause par laquelle ils auraient renoncé au droit de disposer l'un au profit de l'autre serait à considérer comme non écrite[12].

un point de départ antérieur à la célébration du mariage, ou qui ne la ferait commencer qu'à une époque postérieure à cette célébration, cela n'autorise pas à dire qu'il ait voulu ôter également aux futurs époux la faculté de subordonner à des conditions d'ailleurs licites l'adoption de tel ou tel régime, et spécialement de celui de la communauté, en le faisant remonter, pour le cas d'accomplissement de la condition, au jour même de la célébration du mariage. En présence du principe de la liberté des conventions matrimoniales, principe que l'art. 1387 proclame en termes si énergiques, les dispositions légales qui restreignent cette liberté constituent autant d'exceptions, auxquelles il faut appliquer la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

[10] La clause par laquelle les époux auraient subordonné leurs conventions matrimoniales à une condition de cette nature serait à considérer comme non avenue. Arg. art. 1395. Duranton, XIV, 97. Battur, II, 251. Zachariæ, § 506, texte et note 4. Toullier (XII, 86.) conséquent à son opinion, enseigne que la clause dont il s'agit serait valable, sauf seulement la révocabilité de l'avantage qui en résulterait pour l'un des époux. Mais voy. § 503 *bis*, texte et note 8.

[11] Duranton, XIV, 97 et 98, Battur, *loc. cit.*

[12] Toullier, XII, 18. Bellot des Minières, I, p. 16. Odier, II, 634. Zachariæ, § 504, texte et note 6. Req. rej., 31 juillet 1809, Sir., 9. 1, 408.

On doit également tenir pour non avenue toute clause dont l'objet serait d'assigner à l'hypothèque légale de la femme, pour telle ou telle de ses créances, une date différente de celle que lui attribue l'art. 2135[13].

[Enfin, il ne leur est permis de déroger, ni directement, ni indirectement, aux dispositions, quelles qu'elles soient, de la loi du 13 juillet 1907[13 bis].]

b. Les époux ne peuvent, en dehors des donations formellement autorisées par les art. 1093 et 1094, faire aucune stipulation, ni disposition, ayant pour objet les biens qu'ils laisseront à leur décès. Art. 1130. Il leur [est] interdit, d'un autre côté, de renoncer, même en considération de dispositions faites en leur faveur, à des successions qui doivent leur échoir[14], ou de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes, soit par rapport à leurs enfants entre eux[15]. Art. 791 et 1389.

[13] Voy. art. 2140, § 264 *ter*, texte n° 6, notes 62 et 63.

[[13] *bis*. Voy. § 500 *bis*, notes 22 et 23.]

[14] L'art. 791 consacre une innovation législative. Anciennement, dans les pays de droit écrit, comme dans les pays de coutume, les filles, même mineures, pouvaient, par contrat de mariage, moyennant une dot plus ou moins considérable, et payable comptant ou dans un bref délai, renoncer, en faveur des mâles, à la succession de ceux qui leur constituaient la dot. D'après plusieurs coutumes, les mâles puinés pouvaient également, par contrat de mariage, renoncer, au profit de leurs aînés, à des successions futures. Argou, *Institution au Droit français*, II, p. 182 et suiv. Lebrun, *Traité des successions*, liv. III, chap. VIII, sect. I. Merlin, *Rép.*, v° Renonciation à succession future. Troplong, I, 125 à 129. Zachariæ, § 504, texte et note 5. [Un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, du 24 juillet 1901 (Sir. 1901. 1. 433) et, dans la même affaire, un second arrêt des Chambres réunies, du 2 juillet 1903 (Sir., 1904, 1, 65) ont appliqué la règle que nous posons au texte à la clause d'un contrat de mariage par laquelle l'ascendant donateur renonçait à se prévaloir, vis-à-vis et dans l'intérêt du futur conjoint de son enfant qu'il dotait, pour le cas où le mariage projeté se dissoudrait sans petits-enfants par le prédécès de son enfant par lui doté, au droit de succession de l'art. 747. Nous examinerons cette grave difficulté aux §§ 606 et 608.]

[15] Cpr. Bruxelles, 16 mars 1824, Sir., 25, 2, 377. — Ainsi, deux personnes ayant des enfants d'un premier lit ne pourraient plus, par leur contrat de mariage, faire un affrérissement (*unio prolium*) entre ces enfants et ceux qui naîtront de leur nouveau mariage.

On doit, par application de ces principes, décider que les époux ne peuvent plus aujourd'hui, en établissant une communauté d'acquêts, stipuler que les acquêts appartiendront en propriété aux enfants à naître du mariage, avec réserve d'usufruit au profit de l'époux survivant[16].

c. Certaines conventions, qui ne seraient pas défendues d'après ce qui précède, sont expressément ou implicite-

Merlin, *Rép.*, v° Affrérissement. Zachariæ, § 404, texte et note 7. — Mais rien n'empêche que les époux, en se soumettant au régime de la communauté, n'excluent les héritiers collatéraux du partage de la communauté. Une pareille stipulation vaudrait comme donation conditionnelle, au profit du survivant des époux, de la part du prémourant, dans la communauté. Rodière et Pont, I, 78.

[16] Cette clause, usitée surtout dans le ressort du Parlement de Bordeaux, était généralement considérée comme valable, et plusieurs auteurs, s'appuyant sur la déclaration faite par Duveyrier, dans son rapport au Tribunat (Locré, *Lég.*, XIII, p. 396), et sur l'opinion de Maleville (III, p. 346), tiennent la clause comme valable encore aujourd'hui, sous la double réserve toutefois, que l'ordre légal des successions soit maintenu, et la loi restrictive des donations respectée. Voy. en ce sens : Rodière et Pont, II, 1226 et 1227 ; Troplong, III, 1858. Mais les deux restrictions que ces auteurs mettent à leur opinion prouvent que, dans leur pensée même, la clause dont il s'agit renferme un avantage ou une libéralité qui, dans certaines situations données, et notamment dans le cas où les époux, ou l'un d'eux, auraient des enfants d'un autre lit, pourrait dépasser la mesure de la quotité disponible. Or, cet avantage est nul [soit] comme portant sur [des] biens à venir, soit comme fait en faveur d'enfants non encore conçus. En vain dit-on qu'il ne s'agit là que d'un pacte matrimonial, ayant pour objet de régler le sort de biens éventuels, et qui ne saurait être considéré comme constituant une donation. Qu'il y ait là ou non une donation proprement dite, cela importe peu, il y a toujours un avantage fait aux enfants à naître du mariage, et qu'ils recueilleraient en cette qualité, sans avoir besoin de se porter héritiers de leur père ou de leur mère. Or, un pareil avantage ne saurait être fait *directement* aux enfants à naître du mariage, qui ne peuvent, même par contrat de mariage, être gratifiés qu'*accessoirement* aux époux eux-mêmes ou à l'un d'eux. Cpr. § 739, texte et note [33]. Voy. dans le sens de notre opinion : Tessier, n° 417, Odier : II, 715 ; Labbé, *Dissertation*, *Journal du Palais*, 1866, p. 145 ; Bordeaux, 18 août 1864 et 23 août 1865, Sir., 65, 2, 15 et 66, 2, 81. [En ce qui me concerne, tout en admettant la solution défendue par MM. Aubry et Rau dans la présente note, je fais toutes mes réserves sur le dernier argument qu'ils invoquent, et sur la doctrine de leur § 739, note 33. E. B.]

ment interdites aux futurs époux, par des motifs particuliers tirés de la nature de l'association conjugale, et des rapports personnels que le mariage établit entre le mari et la femme. C'est ainsi que la loi prohibe expressément toute clause par laquelle la femme s'interdirait la faculté de répudier la communauté, ou par laquelle elle renoncerait d'une manière absolue à son hypothèque légale sur les biens du mari. Art. 1453 et 2140. Voy. aussi art. 1399 et 1521. D'un autre côté, on doit considérer comme virtuellement prohibées : la clause qui imposerait à la femme l'obligation de contribuer aux dettes de la communauté au delà de son émolument (art. 1483)[17]; celle qui contiendrait, de la part de la femme, renonciation à la faculté de provoquer, le cas échéant, la séparation de biens (art. 1443 et 1563); enfin, celles par lesquelles les futurs époux conviendraient que la communauté établie entre eux continuera à subsister, en cas de séparation de corps[18] (art. 311 et 1441, n° 4), ou que les donations qu'ils se feront pendant le mariage seront irrévocables. Art. 1096.

d. Si l'un des futurs conjoints a des enfants d'un précédent mariage, il ne peut faire, avec son nouvel époux, aucune convention qui tendrait, dans ses effets, à conférer à ce dernier des avantages excédant la portion réglée par l'art. 1098. Art. 1527[19].

4° La loi abandonne aux futurs époux le choix des termes ou des formules à employer dans la rédaction du contrat de mariage. Lorsqu'ils veulent adopter l'un des régimes prévus et réglés par le Code Napoléon, ils peuvent, ou reproduire en détail les règles tracées par la loi, ou se borner à indiquer, sans autre explication, le régime auquel ils entendent se soumettre. Art. 1391.

Toutefois, il ne leur est plus permis de déclarer, en termes généraux, que leur association sera régie par l'une

[17] Lebrun, p. 401 et 402, n° 7. Bourjon, *Droit commun de la France*, I, p. 594; Odier, I, 558; Tessier, *Société d'acquêts*, n° 228; Troplong, III, 1760; Zachariæ, § 504, III, p. 161.

[18] Bruxelles, 28 mars 1810, Sir., 10, 2, 362.

[19] Voy. l'explication de cet article au § 690, texte et notes 14 à 21. Cpr. art. 1496.

de nos anciennes lois ou coutumes, locales et générales, ni même qu'ils entendent adopter les dispositions d'un ou de plusieurs articles de ces lois ou coutumes[20]. Toute clause de cette nature serait à considérer comme non avenue. Art. 1390 et arg. de cet article[21].

Mais rien n'empêche que les époux qui voudraient adopter le régime établi par une ancienne coutume, ou s'approprier les dispositions d'un ou de plusieurs de ces articles, ne puissent le faire, en reproduisant même littéralement le texte de cette coutume[22].

D'un autre côté, la disposition de l'art. 1390 n'atteindrait pas la clause par laquelle les époux auraient déclaré, quoique en termes généraux, qu'ils entendaient adopter

[20] Bellot, IV, 504; Zachariæ, § 504, texte et note 20. Les futurs époux ne pourraient-ils pas du moins, pour le règlement des effets et l'exécution d'une clause insérée dans leur contrat de mariage par exemple, pour la fixation d'un douaire assuré à la femme, se référer à un article d'une ancienne coutume? Toullier (XII, 7, à la note) enseigne l'affirmative. Mais son opinion nous paraît contraire à l'esprit de l'art. 1390. En l'adoptant, on retomberait indirectement dans l'inconvénient que cet article a eu pour objet de prévenir. Cpr. la note suivante. Duranton, XIV, 32. Odier, II, 639 et 640. Rodière et Pont, I, 80. Marcadé, sur l'art. 1390, n° 1. Troplong, I, 138. Zachariæ, § 504, texte et note 21. Poitiers, 16 mars 1826, Sir., 26, 2, 274. Grenoble, 6 juin 1829, Sir., 30, 2, 152. Civ. rej., 28 août 1833, Sir., 33, 1, 174.

[21] Les rédacteurs du Code Napoléon ont pensé que de pareilles clauses seraient de nature à porter atteinte à l'unité de la législation nouvelle, en perpétuant, en quelque sorte, comme loi de l'État, au gré de la volonté des particuliers, cette foule de coutumes et d'usages divers qui couvraient autrefois le territoire français. — La disposition prohibitive de l'art. 1390 est-elle applicable à toute espèce d'actes ou de contrats, et notamment aux testaments? L'affirmative nous semble incontestable, lorsque les contractants ou le testateur s'étant bornés à renvoyer, en termes généraux, aux dispositions d'une ancienne coutume, il est impossible de saisir leur volonté sans recourir à cette coutume. Cpr. Merlin, *Rép.*, v° Institution d'héritier, sect. IV, n° 4 *bis*, et *Quest.*, v° Testament, § 15; Rodière et Pont, I, 81 à la note; Marcadé, sur les art. 1390 à 1393, n° 1, note 2. Req. rej., 19 juillet 1810, Sir., 10, 1, 361; Riom, 14 août 1809, Sir., 10, 2, 345; Req. rej., 23 décembre 1828, Sir., 29, 1, 155.

[22] *Discussion au Conseil d'État*, Locré, *Lég.*, XIII, p. 158 et suiv., n° 7. Zachariæ, § 504, texte et note 22.

le régime matrimonial établi par une législation étrangère[23].

5° La nullité d'une ou de plusieurs clauses d'un contrat de mariage entraîne la nullité des conventions qui ont été consenties en considération de ces clauses et de celles qui en sont des conséquences. Mais, pour le surplus, le contrat de mariage doit recevoir son exécution[24].

6° Les époux sont présumés, lors même qu'ils ont fait un contrat de mariage, avoir voulu adopter le régime de la communauté légale dans tous les points auxquels ils n'ont pas dérogé. Ainsi, dans le doute, soit sur la portée des clauses d'une communauté conventionnelle, soit même, en général, sur le régime auquel les époux ont entendu se soumettre, les conventions matrimoniales doivent être interprétées d'après les principes qui régissent la communauté légale[25]. Art. 1393 et 1528. Spécialement, les époux ne sont à considérer comme mariés sous le régime dotal qu'autant qu'ils ont expressément déclaré vouloir se soumettre à ce régime, ou que leur intention à cet égard ressort, d'une manière non équivoque, des clauses du contrat de mariage. Art. 1392[26].

§ 504 *bis*.

De la loi à laquelle, en l'absence de contrat de mariage, les époux sont censés s'être soumis.

[I.—] Le principe d'après lequel les époux, tous deux fran-

[23] Le motif spécial sur lequel est fondée la disposition prohibitive de l'art. 1390 est sans application à la clause dont il s'agit au texte. L'adoption du régime matrimonial, établi par une législation étrangère, peut d'ailleurs résulter, même pour un Français, du fait de s'être marié sans contrat de mariage. Cpr. § 504 *bis*. Rodière et Pont, I, 82.

[24] Duranton, XIV, 33; Zachariæ, § 504, texte et note 26. [Cass., 21 juin 1892, Dall., 1892, 1, 369. Cass., 30 nov. 1908, Dall., 1909, 1, 418.]

[25] Bellot des Minières, I, p. 23. Zachariæ; § 504, texte et note 23. Turin, 23 juillet 1808, Sir., 9, 2, 322. Rouen, 11 juillet 1826, Sir., 27, 2, 15. Req. rej., 28 février 1828, Sir., 28, 1, 170.

[26] Cpr., pour le développement de cet article, le § 533.

çais dès avant leur mariage, sont censés, en l'absence de contrat de mariage, avoir voulu se soumettre au régime de la communauté légale, établi par la loi française, s'applique, en général, même au cas où le mariage a été célébré à l'étranger[1].

⌈La Convention de La Haye, du 17 juillet 1905, promulguée en France par le décret du 23 août 1912, n'a pas changé, dans cette hypothèse, le caractère de cette présomption[1] *bis*.⌋

⌈On pourrait seulement se demander, si elle ne serait pas devenue irréfragable, devant les tribunaux français, dans les rapports de ces époux français, mariés à l'étranger en quelque pays que ce soit, et d'un étranger, appartenant à l'un quelconque des États signataires de la Convention de La Haye : nous ne le pensons pas[1] *ter*⌋.

⌈Réserve faite de cette difficulté, il suit de ce qui a été dit plus haut, qu'on pourrait, aujourd'hui encore,⌋ admettre, suivant les circonstances, ⌈conformément à la jurisprudence antérieure,⌋ que les époux ⌈français, mariés à l'étranger,⌋ ont entendu adopter le régime de droit commun du pays où ils se proposaient de fixer leur domicile

[1] Duranton, XIV, 88. Troplong, I, 33.

[[1] *bis*. La Convention de La Haye est totalement étrangère aux rapports des sujets français entre eux. La France ne s'est engagée qu'envers les États signataires de cette Convention, et elle n'a pu s'engager envers eux, à appliquer les règles posées par la Convention qu'aux ressortissants de ces États. C'est la conséquence certaine de la règle, incontestée en droit international, que les traités sont avant tout des conventions entre États indépendants.]

[[1] *ter*. Dans notre pensée, la Convention de 1905 n'oblige les États signataires à appliquer les règles qu'elle pose aux ressortissants des autres qu'en tant que ces ressortissant sont envisagés, dans le litige que la Convention prétend régir, comme époux seulement. Chacun des États signataires s'est engagé envers les autres à appliquer aux époux qui dépendent de l'un quelconque de ces États, les règles de conflit que la Convention pose : mais ses obligations ne vont pas plus loin. Il ne s'est pas engagé à appliquer ces règles en tant qu'il s'agirait des intérêts des ressortissants de ces États qui se trouveraient en conflit avec des époux qui seraient l'un et l'autre ses ressortissants, ou qui seraient les ressortissants d'États non signataires.]

matrimonial, c'est-à-dire le siège de leur association conjugale. et où, de fait, ils se sont établis[2], [et ce, même si ces époux français, mariés à l'étranger, plaidaient en France avec un étranger qui pourrait se réclamer ou contre qui ils pourraient se réclamer de sa qualité de ressortissant de l'un quelconque des États signataires de la Convention de la Haye.]

[Nous pensons d'ailleurs qu'il serait plus exact, dans toutes les hypothèses sur lesquelles nous venons de raisonner, de considérer la présomption dont nous parlons comme irréfragable, contrairement à la jurisprudence antérieure, à cause de l'autorité que donne la Convention du 17 juillet 1905 à l'opinion théorique d'après laquelle le régime légal des biens entre époux dépend de la loi nationale des époux au jour du mariage.]

[II. —] Lorsque deux étrangers appartenant à la même nation se sont mariés en France, ils n'en doivent pas moins être considérés comme ayant voulu adopter le régime de droit commun établi par leur loi nationale. [Depuis la promulgation en France de la Convention de La Haye, du 17 juillet 1905, il y a lieu, pour le cas où] l'intention contraire [de ces étrangers] de se soumettre au régime de la communauté légale selon la loi française [pourrait] s'induire de leur résidence en France dès avant le mariage, et de l'établissement dans ce pays de leur domicile matrimonial[3], [de faire les distinctions suivantes :]

[1° En tant que la question de la détermination du régime légal de ces époux étrangers serait soulevée directement devant un tribunal français, quel que fût l'objet du litige, mais pourvu que ces époux ou l'un d'eux fussent ressortissants de l'un quelconque des États signataires de

[2] Troplong, *loc, cit.* Req. rej., 29 décembre 1836, Sir., 37, 1, 437.

[3] Toullier, XII, 91. Demolombe, I, 87. Rodière et Pont, I, 34. Bellot des Minières, *Du contrat de mariage considéré en lui-même*, n° 4. Aix, 27 novembre 1854, Sir., 56, 2, 222. — Cette présomption aurait plus de force encore si, dès avant le mariage, les époux ou l'un d'eux avaient été admis, conformément à l'art. 13, à établir leur domicile en France.

la Convention de La Haye, la présomption que ces époux ont entendu adopter le régime de droit commun de leur loi nationale commune à la date de la célébration du mariage, serait irréfragable, par application des dispositions de la Convention de La Haye[3 *bis*.]

[[3] *bis*. Ce point est l'un des plus douteux de la Convention. L'art. 2 dispose qu' « en l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux... sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage ». Cette formule semble bien correspondre à la doctrine d'après laquelle la détermination du régime légal dépend de la loi nationale du mari au jour du mariage comme en dépend la détermination des effets du mariage dans leur ensemble, la détermination du régime légal étant considérée, dans cette doctrine, comme se rattachant au statut personnel. Cette doctrine compte de nombreux partisans, notamment en Allemagne et en Italie. Elle s'oppose nettement à la doctrine qui est traditionnellement celle du droit français, d'après laquelle la détermination du régime légal résulte d'une présomption de volonté. — Dans bien des cas, cette présomption de volonté aboutit, en dehors de toute intervention des règles de la Convention de La Haye, à faire prévaloir, en ce qui concerne la détermination du régime légal, la loi nationale du mari au jour du mariage. Il est d'ailleurs bien entendu que, dans cette doctrine et dans ces hypothèses, l'application de la loi nationale du mari au jour du mariage ne présente pas tout à fait les caractères qu'elle présenterait si elle était fondée sur l'idée que la détermination du régime légal dépend du statut personnel, au lieu de l'être sur une présomption de volonté. Mais enfin, si l'on fait abstraction de ces différences, qui ne portent évidemment pas sur le point essentiel, à savoir la détermination même du régime légal, il résulte de ce qui vient d'être dit que l'application de la loi nationale du mari au jour du mariage, imposée par l'art. 2 de la Convention de La Haye, est parfaitement compatible avec le maintien du principe traditionnel du droit français. — Mais si le texte de la Convention est susceptible de deux sens, — l'un, conforme au principe traditionnel du droit français, supposant dès lors une modification des solutions antérieures du droit français, moindre que celle qui résulterait d'un changement de principe, restreignant enfin les obligations nouvelles de la France dans cet ordre d'idées, — l'autre, substituant au principe traditionnel du droit français un principe nouveau et radicalement différent, aggravant par conséquent les obligations nouvelles de la France dont le texte ne détermine pas l'étendue, — il ne semble pas qu'il soit possible d'hésiter; le second sens doit l'emporter sur le premier. Art. 1158 et 1162. — Nous ferons observer en outre que, puisqu'il est certain que la Convention de La Haye ne saurait s'appliquer ni à l'hypothèse où il s'agit de la

[2° En tant que la question aurait été soulevée directement devant une juridiction ressortissant à l'un quelconque des États signataires de la Convention de La Haye, l'un quelconque des époux appartenant d'ailleurs, comme il vient d'être dit, à l'un quelconque desdits États, et que l'*exequatur* de la décision rendue à l'étranger serait demandé en France, la présomption serait pareillement irréfragable, et elle le serait au même titre, — le tout, en ce sens que l'*exequatur* de la décision rendue à l'étranger ne pourrait être accordé en France, que si la juridiction étrangère avait elle-même considéré cette présomption comme irréfragable[3] *ter*.]

détermination du régime légal d'époux français mariés à l'étranger (cpr. note 1 *bis suprà*), ni, pour les mêmes raisons, à l'hypothèse où il s'agit de la détermination du régime légal d'époux étrangers, mariés en France où à l'étranger, mais ne ressortissant ni l'un ni l'autre à l'un quelconque des États signataires de la Convention de La Haye, cette double hypothèse reste nécessairement sous l'empire des règles antérieures. Or, il y aurait quelque chose de tout à fait choquant, pour ne rien dire de plus, à résoudre la même question, celle de la détermination du régime légal ou plutôt de la loi qui le fixe, non seulement de deux façons différentes, mais en vertu de principes radicalement différents, dans des hypothèses aussi voisines l'une de l'autre que celle du mariage de deux Français à l'étranger, ou celle du mariage, en France ou à l'étranger, d'étrangers qui ne ressortissent à aucun des États signataires de la Convention de La Haye, d'une part, et celle du mariage, en France ou à l'étranger, d'étrangers dont l'un au moins ressortit à l'un quelconque des États signataires de la Convention de La Haye, d'autre part. Présomption de volonté dans les deux premiers cas, statut personnel dans le troisième, ce serait là une mosaïque des plus regrettables. — Il faudrait, pour que cette interprétation l'emportât, que les représentants techniques de la France à la Conférence de La Haye se fussent expressément ralliés à la thèse de la détermination du régime légal par le statut personnel. Sans doute, on peut alléguer en ce sens certains passages du rapport de M. Lainé (*Actes* de la Conférence de la Haye, 1900, p. 226, 1904, p. 178). Mais nous ne croyons pas que ces passages soient décisifs. Le principe traditionnel du droit français a été, au contraire, expressément réservé dans les observations de la Commission française (*Documents* de la Conférence de la Haye, 1904, p. 260).]

[3 *ter*. La question que nous résolvons a été incidemment soulevée, à la Conférence de La Haye, par le jurisconsulte italien Pierantoni (*Actes* de la Conférence, 1900, p. 219) et le délégué français, M. L.

[3° En tant que cette question aurait été soulevée devant une juridiction étrangère, ne ressortissant à aucun des Etats signataires de la Convention de La Haye, la présomption nous paraîtrait encore irréfragable, au même titre et avec la même conséquence, pourvu que l'un des époux appartînt, comme il a été dit plus haut, à l'un quelconque de ces États.]

[4° Mais en tant que cette question serait soulevée directement devant un tribunal français, sans qu'aucun des époux appartînt à l'un quelconque des États signataires de la Convention, la présomption ne serait pas irréfragable, au moins par application des dispositions de la Convention de La Haye, — alors même que ces époux plaideraient contre un tiers qui serait ressortissant de l'un quelconque des États signataires de la Convention, alors même que tout ou partie des biens à l'occasion desquels le litige s'élèverait en France seraient situés, alors même que l'acte juridique dont l'exécution serait demandée en France serait intervenu sur le territoire de l'un quelconque des États signataires de la Convention.]

[5° Il en serait de même, en tant que la question aurait été soulevée devant une juridiction étrangère, ressortissant à l'un quelconque des États signataires de la Convention, mais sans qu'aucun des époux appartînt lui-même à aucun de ces États.]

[Dans les trois premières hypothèses, n[os] 1, 2, 3 ci-des-

Renault, a fait observer que la question de l'exécution des jugements avait écartée *par* (de ?) la Conférence. — Nous ne saurions dès lors présenter la solution que nous donnons au texte comme résultant de l'application directe du texte de la Convention de La Haye. La France ne s'est pas engagée, par la Convention de La Haye, à refuser l'*exequatur* à une décision étrangère du genre de celle que nous supposons au texte. Mais, étant donnés les pouvoirs des juges français en matière d'exécution des jugements étrangers, tels qu'ils résultent de la loi française seule, qui pourrait d'ailleurs être modifiée en un sens quelconque sans que cela pût être considéré comme une infraction aux règles de la Convention de La Haye, nous pensons que l'application de la Convention de La Haye doit se faire, dans l'hypothèse prévue au texte, tant que les règles de la loi française sur l'exécution des jugements étrangers en général resteront ce qu'elles sont.]

sus, la qualité de ressortissant de l'un quelconque des États signataires doit exister, dans la personne de l'un au moins des époux, tant au jour de la célébration du mariage qu'au jour de la demande en justice[3 quater].]

[La Convention de La Haye n'est d'ailleurs applicable en France, même aux étrangers ressortissant à l'un quelconque des États signataires, qu'autant que ces étrangers se sont mariés depuis[3 quinquiès] le 23 août 1912[3 sexiès].]

[[3] *quater*. C'est le point le plus obscur de la Convention de La Haye. Nous nous décidons, après beaucoup d'hésitations, à exiger, pour que la Convention s'applique, que les parties dont la qualité de ressortissants de l'un quelconque des États signataires en entraîne l'application, aient cette qualité à une double date, à la date de la célébration du mariage et à la date de la demande en justice (sans qu'il soit nécessaire, d'ailleurs, que cette qualité ait persisté *medio tempore*, sans qu'il soit nécessaire, non plus, que ces parties soient, à ces deux dates, les ressortissants du même État signataire de la Convention) — 1° Si nous exigeons la qualité de ressortissant de l'un quelconque des États signataires au jour de la célébration du mariage, c'est parce qu'il nous semble que l'acquisition, par l'un des époux, après le mariage, de la qualité de ressortissant de l'un des États signataires de la Convention ne saurait avoir pour effet de modifier, après le mariage, le régime établi entre eux, et par conséquent, le cas échéant, la détermination du régime légal, telle qu'elle résulte des règles qui leur auraient été appliquées antérieurement; tout au plus pourrait-on réserver le cas où la loi nationale des époux admettrait elle-même la possibilité d'une modification de ce genre (Convention du 17 juillet 1905, art. 4) — 2° Si nous exigeons la qualité de ressortissant de l'un quelconque des États signataires à la date de la demande en justice, c'est parce que la Convention de La Haye n'est faite que pour les ressortissants de ces États (cpr. notes 1 *bis* et 1 *ter suprà*) et que lorsqu'ils ont perdu cette qualité il n'y a plus aucune raison de leur appliquer la Convention. — Nous ferons observer en terminant que, dans une matière voisine de celle-ci, en ce sens tout au moins qu'elle se rattache, comme celle-ci, au droit international privé, nous exigeons pareillement la qualité de Français, à laquelle est subordonnée l'application de l'art. 14, à la double date de la naissance du droit litigieux et de l'exercice de l'action en justice. Cpr. § 748 *bis*, notes 13 à 16.]

[[3] *quinquiès*. Il suit de ce qui a été dit au 1° de la précédente note que la Convention de La Haye ne saurait être appliquée, en France, même en ce qui concerne les ressortissants des États signataires, qu'autant qu'ils se sont mariés après le 23 août 1912, date de la

[Dans les deux dernières hypothèses, nos 4 et 5, bien que la présomption ne puisse être considérée comme irréfragable, par application de la Convention de La Haye, nous pensons cependant qu'elle devrait être jugée telle, contrairement à la jurisprudence antérieure, à cause de l'autorité que donne la Convention du 17 juillet 1905 à l'opinion théorique d'après laquelle le régime légal des biens entre époux dépend de la loi nationale du mari au jour du mariage. — Mais, pour les personnes qui professaient, avant la promulgation en France de la Convention de La Haye, une opinion contraire, il y aurait lieu, aujourd'hui encore, dans les hypothèses nos 4 et 5, de tenir compte de] l'intention contraire [des étrangers de même nationalité mariés en France] de se soumettre au régime de la communauté légale selon la loi française, [en tant que cette intention pourrait] s'induire de leur résidence en France dès avant le mariage, et de l'établissement dans ce pays de leur domicile matrimonial.

[III. —] Lorsqu'il s'agit de mariages contractés entre Français et étrangers, [en France ou à l'étranger, une distinction nous paraît devoir être faite entre l'hypothèse où il s'agit d'un étranger ou d'une étrangère appartenant, tant à la date de la célébration du mariage qu'à la date de

promulgation de la Convention de La Haye en France. — La Convention de La Haye a pour objet d'établir des règles conventionnelles de solution des conflits de lois dans des matières qui touchent à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger : par application de l'art. 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, la Convention de La Haye constitue, en ce sens, une véritable loi, à laquelle doit naturellement s'appliquer la règle de la non-rétroactivité des lois. Il est bien vrai qu'on pourrait dire que l'adaptation que nous proposons à la note 3 *bis suprà*, de l'art. 2 de la Convention de La Haye au système, traditionnel au droit français, de la détermination du régime légal des biens entre époux par voie de présomption légale, pourrait conduire à considérer les dispositions de ladite Convention comme des dispositions interprétatives de la législation antérieure, et que la règle de la non-rétroactivité des lois ne s'applique pas aux dispositions interprétatives du droit antérieur. Cpr. § 30, notes 9 et 10. Cette argumentation nous paraîtrait un peu forcée.]

[3 *sexiès*. Cpr. § 26, notes 14 et 14 *bis*.]

la demande en justice, à l'un des États signataires de la Convention de La Haye, et l'hypothèse contraire.]

[Dans le premier cas, on doit présumer que les époux ont entendu adopter le régime de droit commun fixé par la loi nationale du mari au jour du mariage. La présomption est alors irréfragable.]

[Dans le second cas, on doit présumer, tout au moins s'il s'agit d'une Française épousant un étranger dont elle prend la nationalité], que les époux ont entendu adopter le régime formant le droit commun du pays où ils ont établi leur domicile matrimonial, quel que soit d'ailleurs le lieu où le mariage a été célébré. En l'absence de tout fait indiquant, d'une manière certaine, l'intention de la part des époux de fixer le siège de leur association conjugale ailleurs qu'au domicile du mari, c'est ce domicile qui est à considérer comme domicile matrimonial [4].

[4] On convient généralement que la circonstance du lieu où le mariage a été célébré ne peut avoir d'influence sur la solution de la question de savoir quel est le régime que les époux sont censés avoir adopté. Mais certains auteurs enseignent que c'est la loi du domicile du mari au moment du mariage qui, en l'absence du contrat, régit l'association conjugale. Voy. en ce sens : Fœlix, *Droit international et privé*, nos 20, 27 et 66; Odier, I, 47 à 51. A notre avis, cette manière de voir n'est point exacte. Le domicile du futur époux ne saurait être considéré comme indiquant, par lui-même, et nécessairement, de la part de la future épouse, l'intention de se soumettre à la loi de ce domicile. C'est le lieu où les futurs conjoints se proposaient de fixer le siège de leur association conjugale qu'il convient avant tout de prendre en considération, pour déterminer leur commune intention, quant au régime auquel ils entendaient se soumettre ; et ce n'est qu'en l'absence de circonstances de nature à indiquer le contraire, qu'ils doivent être présumés avoir voulu établir leur domicile matrimonial au lieu du domicile du mari. Merlin, *Rép.*, v° Loi, § 6, n° 2, et v° Conventions matrimoniales, §2. Demolombe, *loc. cit.* Coin-Delisle, *Revue critique*, 1855, IV, p. 193. Rodière et Pont, I. 36. Req. rej., 29 décembre 1836, Sir., 37, 1, 437. Paris, 3 août 1849, Sir., 49, 2, 420. Paris, 15 décembre 1853, Sir., 54, 2, 105. Civ. rej., 11 juillet 1855, Sir., 55, 1, 699. Civ. rej., 4 mars 1857, Sir., 57, 1, 247. Alger, 16 février 1867, Sir., 68, 2, 48. Cpr. Zachariæ, § 506, note 2. La règle, telle qu'elle est posée au texte, était généralement suivie dans l'ancien droit pour les mariages contractés entre personnes domiciliées dans des

[Cette règle nous paraîtrait devoir être appliquée, même si la question de la détermination du régime légal se posait dans un litige soumis, à un titre quelconque, aux tribunaux français, même sous forme de demande *d'exequatur* d'une décision rendue à l'étranger, même dans l'un des États signataires de la Convention de La Haye, alors même que l'une des parties appartiendrait à l'un quelconque des États signataires de la Convention.]

[IV. — La même distinction nous paraît devoir être faite entre les mariages contractés entre étrangers de nationalité différente, qui appartiennent l'un et l'autre à des États signataires de la Convention de La Haye, et les mariages contractés entre étrangers de nationalité différente, quand le mari tout au moins n'appartient pas à l'un des États signataires de la Convention. La présomption nous paraît irréfragable dans la première hypothèse, par application des dispositions de la Convention.]

[V. — Dans les hypothèses prévues aux n°s III et IV ci-dessus, quand la présomption est que les époux ont entendu se soumettre à la loi de leur domicile matrimonial], il en est ainsi, bien que la loi nationale de l'un des conjoints n'admette pas, ou défende même, le régime auquel les époux sont présumés avoir voulu se soumettre, en ce sens du moins que ce régime formera la règle d'après laquelle se détermineront leurs droits respectifs sur les biens situés dans le pays où ils ont établi leur domicile matrimonial[5].

[Dans les hypothèses prévues aux n^os I, II, III et IV ci-dessus, quand la présomption est que les époux ont entendu se soumettre à la loi nationale du mari au jour du mariage, cette présomption, en tant qu'elle est exclusivement fondée sur les dispositions de la Convention de

provinces régies par des coutumes ou des lois différentes. Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tit. II, part. II, chap. IV, obs. 38. Lebrun, liv. I, chap. II, n° 42. Pothier, n° 14. Chabot, *Questions transitoires*, v° Communauté conjugale, n° 3. Civ. rej., 29 juin 1842, Sir., 42, 1, 975. Req. rej., 25 janvier 1843, Sir., 43, 1, 247. Civ. cass., 7 février 1843, Sir., 43, 1, 282.

[5] Civ. rej., 4 mars 1857, Sir., 57, 1, 247.

La Haye, ne s'applique, en principe, qu'aux époux qui plaident devant les juridictions établies sur les territoires européens des États contractants : elle ne s'applique aux époux qui plaident devant les juridictions établies sur les territoires extra-européens de ces États qu'autant que l'État sur le territoire duquel ces juridictions sont établies a eu recours à la procédure prévue à l'art. 12 de la Convention et si cette procédure est entièrement terminée à la date de la demande en justice.]

[Même en ce qui concerne les époux qui plaident devant des juridictions établies sur les territoires européens des États contractants, l'application de la loi nationale du mari à la détermination du régime légal des biens entre époux devrait être écartée par les tribunaux français, dans les hypothèses prévues aux art. 7 et 8 de la Convention, et ce, quel que fût pour eux le fondement juridique de la présomption en vertu de laquelle ils auraient appliqué, en l'absence de ces textes, la loi nationale du mari, c'est-à-dire, alors même que cette présomption serait envisagée par eux comme indépendante de la Convention du 17 juillet 1905.]

[VI. — Dans les hypothèses prévues aux n°s III et IV ci-dessus, quand la présomption est que les époux ont entendu se soumettre à la loi de leur domicile matrimonial], le régime de l'association conjugale, une fois fixé par la loi sous l'empire de laquelle les époux sont présumés s'être mariés, ne peut être modifié par celle du lieu où ils transportent plus tard leur domicile matrimonial[6].

[Pareillement, dans les hypothèses prévues aux n^os I, II, III, IV ci-dessus, quand la présomption est que les époux ont entendu se marier sous l'empire de la loi nationale du mari au jour du mariage, le changement de nationalité de l'un d'eux n'aurait pas d'influence sur le régime de leurs biens. Il en serait de même du changement de nationalité, même simultané et commun, des deux époux.]

[VII. — Les conflits de lois que soulève l'application des dispositions législatives concernant les libéralités entre

[6] Civ. rej., 30 janvier 1854, Sir., 54, 1, 268.

époux pendant le mariage seront indiqués au § 744 *bis*. Nous y rattacherons l'examen de ceux qui se présentent à l'occasion des ventes entre époux, et, plus généralement, des contrats entre époux.]

[§ 504 *ter*.]

[*Du contrat de mariage passé par les Français ou les étrangers en France ou à l'étranger*.]

[Abstraction faite des dispositions de la Convention de La Haye du 17 juillet 1905, qui seront analysées et expliquées ci-après, les tribunaux français doivent, selon nous, se conformer, en tant que la question de la validité ou des effets du contrat de mariage passé en France ou à l'étranger par des Français ou par des étrangers se pose devant eux, aux règles suivantes :

La capacité de chacun des futurs époux à l'effet de conclure le contrat de mariage est fixée par sa loi nationale au jour du mariage, c'est-à-dire par la loi française pour le futur époux français ou la future épouse française, alors même que celle-ci épouserait un étranger dont elle prendrait la nationalité par l'effet du mariage.

Au contraire, les règles relatives à la liberté et à l'immutabilité des conventions matrimoniales dépendent, en principe, de la loi nationale du mari seul au jour du mariage [1].

[[1] Il n'est pas douteux qu'il y a ici, par la force des choses, un défaut d'harmonie dans les règles que nous posons comme règles de droit commun, et que nous avons certainement moins d'hésitation à poser depuis que la Convention du 17 juillet 1905 les a sanctionnées, pour les hypothèses qu'elle régit. — Il peut paraître singulier, par exemple, qu'une Française mineure, qui ne peut, d'après ce qui a été dit plus haut, faire son contrat de mariage que dans les conditions fixées par l'art. 1398, puisse, d'après ce qui est dit ici même, si elle épouse un étranger dont la loi nationale n'admet pas l'immutabilité des conventions matrimoniales, se soustraire, par l'effet du mariage, à une règle de sa loi nationale, celle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, que sa loi nationale considère sans aucun doute comme aussi impérative, et même, dans une

C'est ainsi que la question de savoir si les futurs époux peuvent adopter dans leur contrat de mariage — ou

certaine doctrine que la jurisprudence n'a d'ailleurs pas sanctionnée (cpr. § 502, note 30), comme plus rigoureusement impérative que les règles protectrices des intérêts pécuniaires des mineurs. Ce que nous disons de la règle de l'immutabilité, nous le dirions à plus forte raison des règles posées par les art. 1388 et 1389, qu'il se peut que la loi nationale du futur époux ne connaisse pas. — Il nous semble cependant que, même de droit commun et indépendamment de l'application de la Convention de la Haye, les règles que nous formulons au texte s'imposent. Il faut en effet, de toute nécessité, qu'il y ait, en ce qui concerne des règles de ce genre (art. 1388, 1389, 1395), une loi commune aux deux époux, qui décide, vis-à-vis de l'un comme vis-à-vis de l'autre, de la validité ou de la nullité des clauses du contrat de mariage qui y dérogent, et cette loi ne peut être que celle du mari. — Au contraire, on conçoit qu'il soit possible, pour les futurs époux, d'obéir séparément à des lois différentes, même en ce qui concerne la validité du contrat de mariage ou de certaines des dispositions qu'il contient, en tant qu'il s'agit de fixer les conditions de capacité personnelle que l'un ou l'autre doit remplir. Si la loi personnelle du futur époux ne reconnaît pas l'incapacité dont la loi personnelle de la future épouse la frappe, ou si elle y attache d'autres conséquences, si elle n'a pas prévu les garanties que la loi personnelle de la future épouse a organisées, cela n'empêche pas, semble-t-il, la future épouse de rester soumise, jusqu'à la célébration du mariage, à ces dispositions protectrices de la liberté de son consentement. La loi personnelle du futur époux peut s'accommoder de l'observation de la loi personnelle de la future épouse sur ce point, et réciproquement. L'option ne s'impose pas ici, comme en ce qui concerne les règles des art. 1388, 1389, 1395, entre les deux lois personnelles, dont l'une cesse d'être obéie si l'autre l'est. — Nous ferons d'ailleurs observer, même en ce qui concerne les règles posées par les art. 1388, 1389, 1395, que, s'il est bien entendu que l'application de ces règles dépend de la loi nationale du mari au jour du mariage, qui peut ne pas les sanctionner, cela n'est vrai que sous réserve de la question de savoir si certaines de ces règles, tout au moins celles de l'art. 1388 (cpr. § 31, 1), ne constituent pas des dispositions de police, au sens de l'art. 3. C. civ. Dans la mesure où elles pourraient être considérées comme des dispositions de police, les clauses du contrat de mariage qui y dérogeraient, même en conformité avec la loi nationale du mari au jour du mariage, ne pourraient avoir aucun effet en France. Ceci, très certainement, dans les cas où la Convention de la Haye ne s'applique pas, et peut-être même aussi, croyons-nous, dans les hypothèses qu'elle régit. Cpr. Convention du 17 juillet 1905, art. 1er, 2e al.]

peuvent être censés avoir adopté, dans les hypothèses prévues au § 504 *bis* [2] — un régime matrimonial organisé par la loi étrangère, c'est-à-dire par la loi d'un État auquel ils n'appartiennent ni l'un ni l'autre, ou même par la loi de l'État auquel appartient la future épouse avant le mariage, — pareillement, la question de savoir si les futurs époux peuvent modifier, dans leur contrat de mariage, l'un quelconque des régimes organisés par leur loi nationale, au moyen de clauses empruntées à la loi étrangère telle qu'elle vient d'être définie, — dépendent de la loi nationale du mari au jour du mariage, c'est-à-dire de la loi française pour les futurs époux français, quel que soit d'ailleurs le pays dans lequel le contrat de mariage a été passé ou le mariage célébré. La future épouse française, au contraire, est soumise, quant à ces deux points, aux dispositions de la loi nationale du futur époux étranger dont elle prend la nationalité [3], et ce, même si le contrat de mariage est passé en France et même si le mariage est célébré en France.

[[2] Ceci est une conséquence toute naturelle de la doctrine d'après laquelle la détermination du régime légal des biens entre époux dépend de la loi que les futurs époux sont censés avoir voulu adopter. Ils se trouvent nécessairement soumis, dans le fonctionnement de cette présomption, aux mêmes règles impératives auxquelles ils auraient été soumis s'ils avaient exprimé leur volonté en faisant un contrat de mariage. — Quant à la raison qu'on peut donner de l'extension impérative à la future épouse de ces règles impératives de la loi nationale du mari, à l'exclusion des règles correspondantes de sa loi nationale à elle, avant le mariage, nous ne pensons pas qu'il y en ait d'autres que celle que nous avons indiquée à la note 1 *suprà*. Nous ajouterons d'ailleurs, avec les délégués français à la Conférence de La Haye (*Documents* de la Conférence, 1904, p. 261). que la femme prenant, en général, au jour du mariage, la nationalité du mari. et le contrat de mariage ne « devenant efficace » que le jour du mariage (sans aucune rétroactivité), la loi nationale du mari au jour du mariage, c'est aussi la loi nationale de la femme. Il y a là une conséquence éloignée, mais certaine, de l'idée de caducité. Cpr. § 501, notes 8 *bis* à 8 *quater*.]

[[3] *Quid*, si elle ne prend pas la nationalité de son mari? En ce qui concerne les effets du mariage sur la personne des époux, la femme française resterait, en pareil cas, soumise à la loi française. Cpr. § 490, note 13. Il en serait, croyons-nous, de même ici.]

C'est ainsi encore que la question de savoir si le contrat de mariage peut être passé ou modifié après le mariage, dépend de la loi nationale du mari au jour du mariage, quelles que soient, à cet égard, les dispositions de la loi nationale de la future épouse, et quels que soient les changements ultérieurs de nationalité de l'un quelconque des époux. Nous pensons même que la règle devrait être maintenue dans le cas où les deux époux acquerraient simultanément, au cours du mariage, une nationalité nouvelle commune, et passeraient ainsi, de l'empire d'une loi édictant l'immutabilité des conventions matrimoniales, sous l'empire d'une loi qui ne l'édicterait pas[4].

Sur ces deux points, la Convention de La Haye pose une règle un peu différente. C'est de la loi nationale commune des époux que dépend la solution de la question de savoir s'ils peuvent, après le mariage, passer un contrat de mariage ou modifier leur contrat de mariage. Article 4, 1er al. Cette règle paraît devoir s'appliquer même au cas où, par l'effet d'un double changement de nationalité, les deux époux acquièrent, au cours du mariage, simultanément ou séparément, une même nationalité nouvelle. D'ailleurs, le contrat de mariage passé ou modifié dans ces conditions ne pourrait avoir d'effet au préjudice des tiers. Art. 4, al. 2.

Les formes du contrat de mariage sont fixées par la loi qui détermine, en général, les formes des actes juridiques[5].

[[4] Nous inclinons à donner, en matière de divorce, la même solution. Nous hésitons à généraliser la solution de la Convention de La Haye, § 490, note 2 et note 14. Ici, nous nous refusons nettement à la généraliser : la raison en est que la Convention de La Haye apporte, dans l'intérêt des tiers, à la solution qu'elle donne, une réserve, que nous ne pourrions pas apporter nous-mêmes, à défaut d'un texte qui la permette, à la solution que nous donnerions dans le même sens qu'elle. L'intérêt des tiers ne nous paraît pas pouvoir être négligé dans cette question, et nous ne pouvons lui donner satisfaction qu'en prohibant le changement des conventions matrimoniales après le mariage, dans le cas où il n'est permis que par une loi nationale nouvelle, qui n'a pas régi l'union conjugale dès l'origine, et dont, pour cette raison, les tiers ne peuvent contrôler l'intervention.]

[[5] Cpr. § 31, notes 72 et 82. Cpr. § 503, note 4.

Nous ne comprenons point dans les formes du contrat de mariage les mesures législatives prises pour en assurer la publicité. Les dispositions de ce genre que renferme la loi française s'appliquent, selon nous, en tant que faire se peut, soit au mariage des étrangers en France (pour la loi du 10 juillet 1850), soit au contrat de mariage reçu par un notaire français, tant s'il s'agit d'un Français commerçant qui se marie à l'étranger, que s'il s'agit d'un étranger commerçant qui se marie en France ou à l'étranger (pour l'art. 67, Code de Comm.), soit enfin au contrat de mariage passé en France ou à l'étranger par un Français ou par un étranger, marié en France ou à l'étranger, qui devient commerçant en France au cours du mariage.

Par application de la Convention de La Haye du 17 juillet 1905, les règles qui précèdent sont obligatoires pour les tribunaux français, en tant qu'il s'agit de les appliquer à des époux étrangers dont l'un au moins appartient, tant à la date de la célébration du mariage qu'à celle de la demande en justice[6], à l'un quelconque des États signataires de la Convention de La Haye, le tout, sous réserve de l'application des art. 7, 8 et 12 de ladite Convention, et sans rétroactivité[7].]

[[6] Cpr. § 504 *bis*, note 3 *quater*.]
[[7] Cpr. § 504 *bis*, note 3 *quinquiès*.]

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE SEPTIÈME VOLUME

DROIT CIVIL THÉORIQUE FRANÇAIS

SUITE DE LA SECONDE PARTIE. — LIVRE PREMIER.

TABLE DES TEXTES

DU CODE CIVIL ET DES LOIS COMPLÉMENTAIRES

ANALYSÉS OU EXPLIQUÉS

DANS LE TOME SEPTIÈME

Articles.	Paragraphes.	Pages.
295	463	124
	479	335
296	463	123
	474	270
	479	335
297	463	124
298	463	125
	479	335
299	480	343
300	480	346
301	460	71
	480	349
302, 303, 304	481	352
305	abrogé par la loi du 27 juillet 1884.	
306	484	357
307	477	294
	484	360
308	484	358
309	abrogé par la loi du 27 juillet 1884.	
310	486	379
311	485	364
	487	388
348	463	122
386, 389	480	354
499, 513	502	481
767	485	374
791	504	532
959	480	342
1082, 1083, 1086	460	73
	480	348
1130	504	532

Articles.	Paragraphes.	Pages.
1179	501	472
1304	472	266
1351	459	57
	477	300
1387	501	470
	504	526
1388	504	523
1389	504	532
1390	504	535
1391	503	500
	504	534
1392	504	536
1393	501	470
1394	503	495, 500
	503 *bis*	500
1395	500	447
	503 *bis*	501
1396	502	479
1397	503 *bis*	517
1398	502	487
1427	500	444
1439	500	430
1440	500	445
1451	487	390
1518	480	346
1527	480	342
1528	499	435
1538	500	438
1540	500	436
1541	500	436
1544	500	438
1545	500	440
1546	500	438
1547	500	445
1555	500	444
1556	500	444
1574	500	436

	Paragraphes.	Pages.
Loi du 9 avril 1881, art. 6	472	237
— 20 juillet 1886, art. 13	472	237
— 24 — 1889, art. 17	462	109
— 20 — 1895, art. 16-17	472	237
— 1er avril 1898, art. 3	472	238

ERRATA

Page 71. Note 17 *bis*, ligne 19, *au lieu de :* § 479, note 35, *lire :* § 480, note 32.

Page 79. Note 27, ligne 6, *au lieu de :* notes 26 et 26, *lire :* notes 25 et 26.

Page 124. Texte, *au lieu de :* = 1° (loi du 27 avril 1884), art. 295, *lire :* art. 295. — 1° (loi du 27 juillet 1884).

Page 125. Texte, *au lieu de :* abrogeant l'art. 298-^{10}, *lire* : abrogeant l'art. 298, ^{9} et ^{10}.

Page 126. Texte, *au lieu de :* d'un conseil de famille composé d'amis, *lire :* du tribunal, statuant comme conseil de famille, en chambre du conseil.

Page 261. Texte, *au lieu de* : ou créanciers. = Art. 225 et 1125, *lire :* ou créanciers, art. 225 et 1125.

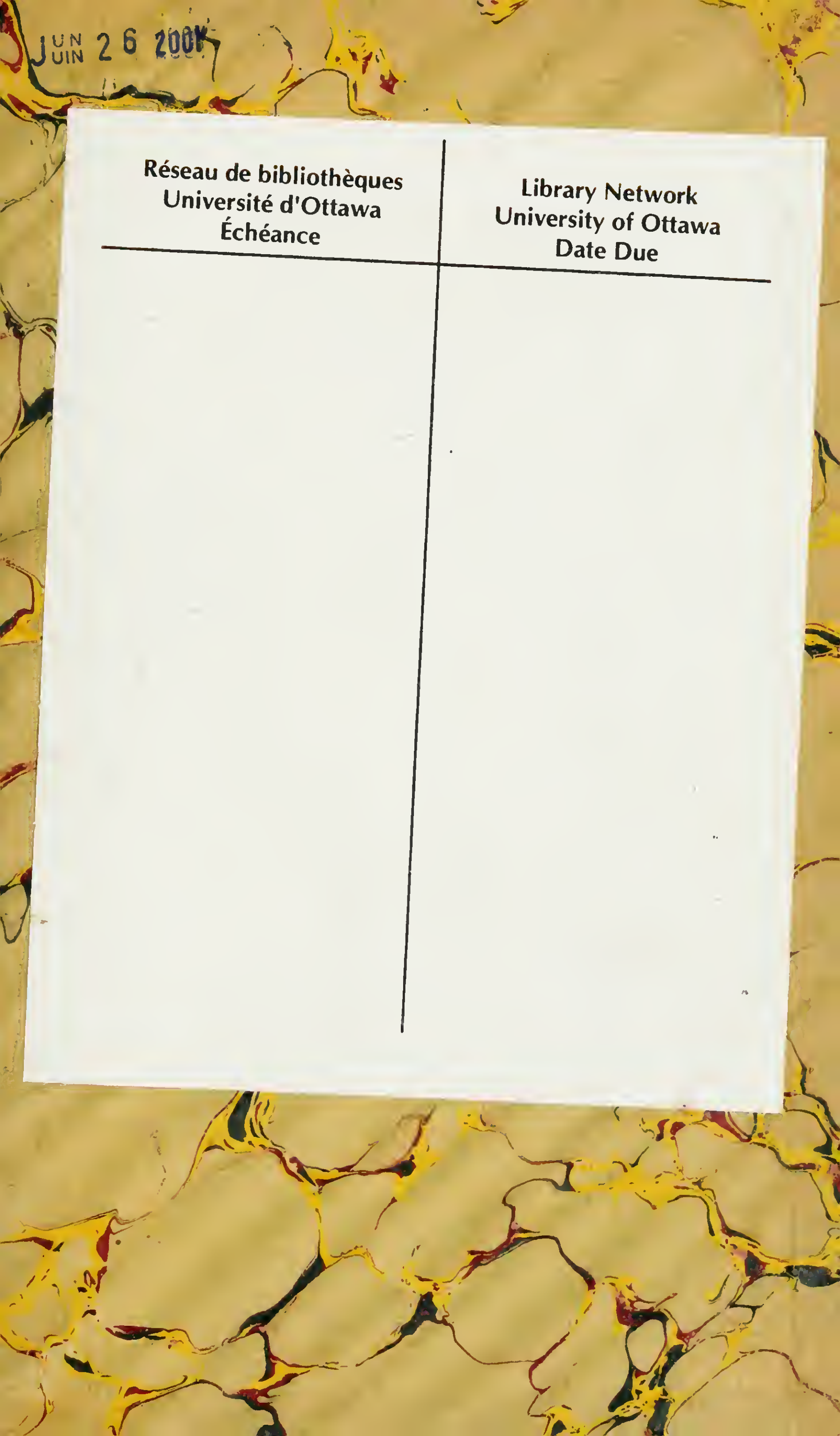
Page 348. Note 27, ligne 1, *au lieu de :* quelque peu choquante, *lire :* quelque choquante.

Page 396. Note 6, ligne 15, *au lieu de :* devenu définitif, *lire :* devenue définitive.

Page 419. Texte, ligne 4, *au lieu de :* elle est possible encore, *lire :* elle est possible encore, dans une certaine opinion, (Voy. § 490, note 2 et 14).

Paris. — Typ. Ph. Renouard, 19 rue des Saints-Pères. — 3581





JUN JUIN 26 2001
Réseau de bibliothèques
Université d'Ottawa
Échéance
Library Network
University of Ottawa
Date Due

